Die Zusicherungen beim Kauf.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Heinrich Meyer

Gerichtsreferendar aus Magdeburg.

Marburg 1934

Buchdruckerei Thiele, Lippstadt i. Westf.

Die Zusicherungen beim Kauf.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Heinrich Meyer

Gerichtsreferendar aus Magdeburg.

Marburg 1934

Buchdruckerei Thiele, Lippstadt i. Westf.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 4. Juli 1932.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Leonhard.

Inhaltsübersicht.

1. Einleitung: Die Wichtigkeit der außervertraglichen Vereinbarungen beim Kaufabschluß und ihre unbefriedigende Behandlung in der Rechtsprechung. 1
2. Der heutige Standpunkt der Rechtsprechung und des größten Teiles der Wissenschaft. 1
   1. Erfordernis der Vertragsmäßigkeit der Zusicherung (§ 459,II BGB) und Unerheblichkeit der nichtvertraglichen Zusicherung. 1
   2. Jedoch erkennbares Streben, auch der bloßen Zusage eine Bedeutung zu gewähren:
      Der Analogieschluß des Reichsgerichts aus § 463,II BGB. 2
3. Ablehnung des Analogieschlusses des Reichsgerichts. . . . 3
4. Vergeblicher Versuch, der Unbilligkeit durch weitere Fassung des Begriffs der Zusicherung abzuhelfen. 5
5. Unterscheidungen der Zusicherungen beim Kauf: 7
   1. Die keinen Vertrag erfordernden Zusagen im Sinne des § 459,II BGB. 8
   2. Vertragliche Zusicherungen im Sinne des § 463 BGB. . 11
      a) Die Zusicherung als Vertrag.
      b) Die Zusicherung im Verhältnis zum Kaufvertrag.
6. Rechtfertigung dieser Unterscheidung durch die geschichtliche Entwicklung: 26
   1. Römisches Recht. 26
   2. Gemeines Recht. 29
   3. Preußisches Recht. 30
   4. Oesterreichisches Recht. 31
   5. Entgegenstehend nur französisches und sächsisches Recht. . 31
   6. Rechtfertigung durch die Entstehungsgeschichte des BGB selbst. 31
7. Weitere Rechtfertigung durch die Verkehrsauffassung. . . 33
8. Es läßt sich danach auch der Analogieschluß aus § 463,II BGB rechtfertigen. 34
9. Die Zusagen und Zusicherungen beim Gattungskauf. . . 35

Schrifttum.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, 1. Teil, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, 1876.

Cohn, Schadensersatz wegen Betruges beim Kauf in JW. 1911, S. 137ff.

Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sachen in Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 78, S. 122 ff.

" System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 5. Aufl. 1897.

" Pandekten Bd. 2, 7. Aufl. 1902.

" Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Schuldverhältnisse II, 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, IV. Band, 3. Aufl. 1932.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 43, S. 305 ff.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Enneccerus, Allgemeiner Teil, 25–29. Aufl. 1926.
Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse. 23–27. Aufl. 1927.
Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 13. Bearb. 1931.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. 1896.

Geppert, Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragsschluß in Iherings Jahrb. Bd. 64, S. 437 ff.

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht Bd. 3: Schuldrecht 1917.

Hagen, Arglistige Täuschung und Schadensersatz in JW. 1911, S. 348 ff.

Haymann, Franz, Fehler und Zusicherungen beim Kauf in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. 3, 1929.

" Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf 1913.

Heise-Cropp, Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberapellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, 1827, Bd. 1, Gewährleistung für Mängel der verkauften Sachen nach germanischem Recht.

Jeß, Ueber den Analogieschluß und die §§ 463, 476 BGB. in Recht 1914, Spalte 81 ff.

Julius, Leopold, Inwieweit ist der Verkäufer nach dem BGB. zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet? Jur. Diss. Erlangen 1907.

Jung, Bürgerliches Recht in Das gesamte Deutsche Recht, hersgg. von Stammler, Bd. I. 1931.

Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Rechte. Bd. 2, 1840.

Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse, 1896.

" Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.

" Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.

" Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.

Markiewitz, Rechte des Käufers aus der wissentlich unwahren nicht vertragsmäßigen Zusicherung. Jur. Diss. Breslau 1908.

Matthießen, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung in JW. 1908, S. 60 ff.

" Zur analogen Anwendung des § 463 BGB. in JW. 1913, S. 516 ff.

Modestus Lipsiensis, Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer, Recht 1908, Spalte 500; Recht 1908, Spalte 739.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.

" Recht der Schuldverhältnisse I, 5. Aufl. 1928.

" Recht der Schuldverhältnisse II, 5. Aufl. 1929.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1913.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 1928.

Riehl, Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter in Gruch. Beitr. Bd. 60, S. 830 ff.

Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf in Iher. Jahrb. Bd. 49, S. 93 ff.

Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung und Rechtslehre zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht von Soergel, Warneyer und Becker.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. u. 14. Aufl. 1926, Bd. III.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzb. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1925. Recht der Schuldverhältnisse II, 9. Aufl. 1928.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II,1 1914, Bd. II,2 1918.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1930.

Wetzel, Otto, Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache, Jur. Diss. Erlangen 1910.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. hrsgg. von Kipp. 1906.

Wolff, Sachmängel beim Kauf in Iherings Jahrb. Bd. 56, S. 1 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl., Berlin 1896.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1888.

Protokolle des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1898.

§ 1. Einleitung.

Die Wichtigkeit der außervertraglichen Vereinbarungen beim Kaufabschluß und ihre unbefriedigende Behandlung in der Rechtsprechung.

Es kommt im täglichen Leben sehr oft vor, daß ein Verkäufer beim Abschluß von Kaufverträgen Angaben über die Beschaffenheit der Sache macht, ohne daß sie zum Inhalt des Vertrags erhoben werden. Diese sind oft von größter Wichtigkeit, besonders wenn man berücksichtigt, daß unser heutiges Rechtssystem auf dem Grundsatz von Treu und Glauben aufgebaut ist.

Da nun heute die Rechtsprechung und der größte Teil der Wissenschaft bei der Bewertung von Zusicherungen beim Kauf zu bedenklichen Ergebnissen gelangen, soll es der Zweck der vorliegenden Arbeit sein, einen Weg zu zeigen, der zu gerechteren und billigeren Entscheidungen führt.

§ 2. Der heutige Standpunkt der Rechtsprechung und des größten Teiles der Wissenschaft.

1. Erfordernis der Vertragsmäßigkeit der Zusicherung (§ 459 II BGB) und Unerheblichkeit der nichtvertraglichen Zusicherung.

Folgendes Beispiel diene zur Einführung: Es hat jemand ein Piano zu verkaufen. Bei der Besichtigung des Pianos bemerkt der Käufer an der Stelle, an der sich bei Pianos der Name des Herstellers zu befinden pflegt, den Namen „Blüthner". Auf seine Frage hin wird ihm vom Verkäufer erklärt, das Piano sei ein „Blüthner", er habe es für 1800 RM. gekauft. Daraufhin wird der Kauf abgeschlossen. Es stellt sich jedoch heraus, daß das Piano nicht von der bekannten Firma Blüthner stammt, wie ja nach den Angaben des Verkäufers anzunehmen war, sondern nur ein Erzeugnis mittelmäßiger Qualität darstellt, das der Verkäufer sebst nur für den Preis von 400 RM. gekauft hat.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts können nun hier nicht die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB, also die sogenannten ädilizischen Ansprüche Platz greifen, um dem geschädigten Käufer sein Recht zu verschaffen, denn ein Mangel der Sache liegt nicht vor und dem Käufer ist auch nicht vertragsmäßig zugesichert worden, daß das Piano von der bekannten Firma herrühre. Das Reichsgericht versteht nämlich unter einer Zusicherung im Sinne des § 459 BGB eine „Erklärung, die vom Käufer als vertragsmäßige verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde", dagegen soll nicht jede Zusage des Verkäufers ohne weiteres

als Zusicherung im Sinne des § 459 BGB betrachtet werden [1]).

Es bleiben dem Käufer zwar unter Umständen wegen eines betrügerischen Verhaltens des Verkäufers die Rechtsbehelfe der §§ 123, 823, 826 BGB., aber er muß die Arglist beweisen. Außerdem wird ihm damit vielleicht garnicht gedient sein, besonders nicht mit der Anfechtung und der sich daraus ergebenden Aufhebung des Vertrages. Denn diese Möglichkeiten geben ihm nicht das Recht zu mindern, wenn er daran ein Interesse haben sollte, weil ihm vielleicht auch dieses Piano gefällt und er es behalten möchte, allerdings zu einem dem tatsächlichen Werte entsprechenden Preise.

2. Jedoch erkennbares Streben, auch der bloßen Zusage eine Bedeutung zu gewähren:

Der Analogieschluß des Reichsgerichts aus § 463,II BGB.

Und doch kommt das Reichsgericht auch zu diesem Ergebnis, indem es die Regel des § 463, II BGB., die vom arglistigen Verschweigen von Fehlern handelt, auf bejahende Zusicherungen des Verkäufers wider sein besseres Wissen analog ausdehnt und in solchen Fällen nicht nur den in § 463 BGB. geregelten Schadensersatzanspruch gewährt, sondern auch einen solchen auf Wandlung oder Minderung.

Die Begründung dazu ist folgende: Wenn das Gesetz in § 463,II BGB. demjenigen einen Schadensersatzanspruch gebe, dem vom Verkäufer ein Fehler der Kaufsache arglistig verschwiegen wird, so müsse man daraus wegen Gleichheit des Rechtsgrundes folgern, daß das Gesetz dem Käufer diesen Anspruch auch dann geben wolle, wenn der Kaufsache Eigenschaften fehlten, deren Vorhandensein ihm vom Verkäufer beim Vertragsschluß arglistig vorgespielt worden sei, wenn auch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift in dieser Hinsicht nicht gegeben sei. Der betrogene Käufer solle dann so behandelt werden, als wenn ihm vom Verkäufer Eigenschaften der Kaufsache ausdrücklich zugesichert, diese jedoch nicht vorhanden seien. In Weiterentwicklung dieses Analogieschlusses solle dem Käufer aber auch das Recht auf Wandlung oder Minderung zustehen, da das arglistige Vorspiegeln einer Eigenschaft dem arglistigen Verschweigen eines Fehlers gleichstehe und da in diesem Falle dem Käufer alle in § 463 BGB. vorgesehenen Rechtsbehelfe zustehen, so müsse dies auch im Falle des arglistigen Vorspiegelns gelten [2]).

---

[1]) Vgl. RGZ. Bd. 54, S. 23; Bd. 97, S. 351 u. neuerdings in JW. 1931, S. 2232: Nicht vertraglich abgegebene Zusicherungen über eine Eigenschaft der verkauften Sache geben keine Gewährleistungsansprüche.

[2]) Vgl. RGZ. in JW. 1913, S. 137; Kommentar-RGR. zu § 463, Ziff. 5.

§ 3. Ablehnung des Analogieschlusses des Reichsgerichts.

Dieser Analogieschluß des Reichsgerichts hat nun in der Literatur be-echtigten Widerspruch erfahren, vor allem von Matthießen[3]), der auch ls erster seine Angriffe dagegen richtete. Er stellt zunächst die Vorfrage[4]), b der Analogieschluß nicht eine „über das Gebiet der Rechtsfindung bedenk-ich hinausgehende Rechtsschöpfung" darstelle und prüft nach, ob sich in der Vorgeschichte des BGB. ein Anhaltspunkt dafür finden läßt. Er kommt zu em Ergebnis, daß dies nicht der Fall ist, sondern daß der Wille der Schöpfer es Gesetzes in der zweiten Kommission dahin ging, die Zusicherung in den § 459 ff. BGB. möglichst weitgehend aufzufassen, nicht dagegen die an die – infolge der Rechtsprechung des Reichsgerichts sehr eingeengte[5]) – Zu-cherung geknüpfte Haftung auch auf solche Fälle auszudehnen, wo keine Zu-cherung im Sinne der §§ 459 ff. BGB. vorliegt[6]). Er stellt weiterhin est, daß, selbst wenn ein solcher Wille vorhanden gewesen, jedoch im Gesetz icht zum Ausdruck gekommen sei, dieser für die Auslegung unerheblich sei, a nicht das gilt, was der Gesetzgeber gewollt hat, sondern das, was er im Gesetz zum Ausdruck bringt. Im folgenden will Matthießen dann un-erstellen, daß eine Lücke im Gesetz vorliegt – dies sei jedoch nicht der Fall[7]), a für den Käufer die Möglichkeit gegeben ist, sowohl nach § 123 BGB. en Kaufvertrag anzufechten, als auch den Verkäufer gem. § 826 BGB. nd § 823 II BGB. in Verbindung mit § 263 St.G.B. auf Schadenser-atz haften zu lassen – und den Richter für ermächtigt halten, diese Lücke uszufüllen. Er fragt dann, ob der Richter befugt sei, zu diesem Zwecke we-en „Gleichheit des Rechtsgrundes" den § 463 BGB. heranzuziehen. Er erneint jedoch seine Frage. Die Gründe bringt er besonders an einer anderen Stelle nochmals zum Ausdruck[8]), wo er sich erneut gegen den Analogieschluß vendet und besonders dagegen, daß mit seiner Hilfe das Reichsgericht bei rglistiger Vorspiegelung auch den Wandlungs- oder Minderungsanspruch gewähren wolle.

Er führt dort aus: In § 463 BGB. wird normiert, wann wahlweise statt des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung ein solcher auf Scha-densersatz gegeben ist. Es wird an dieser Stelle jedoch nicht bestimmt, wann Wandlungs- oder Minderungsansprüche geltend gemacht werden können, denn

---

[3]) Vgl. JW. 1908, S. 60; JW. 1913, S. 516. Außerdem dagegen: Oertmann, Schuldverhältnisse S. 595, 610; Staudinger, Allg. Teil, zu § 123, S. 514; Planck, Allg. Teil, zu § 123, S. 311; Riehl in Gruch. Beitr. Bd. 60, S. 830 ff. Für den Analogieschluß: Jeß, Recht 1014, Sp. 81; Modestus-Lipsiensis, Recht 1908, Sp. 500; Enneccerus, Schuldverh. § 331. Weitere Angaben s. Riehl a. a. O.

[4]) In JW. 1908, S. 61 ff.

[5]) Siehe oben S. 1/2.

[6]) Vgl. Protokolle der 2ten Lesung bei Guttentag Bd. 1, S. 688 ff.

[7]) Vgl. dazu unten S. 6.

[8]) Vgl. zum folgenden die Ausführungen von Matthießen in JW. 1913, S. 516ff.

in welchen Fällen dies möglich ist, das wird in den §§ 459, 462 BGB. geregelt. Soll also ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung im Wege der Analogie gegeben werden, so kann man dies nicht mit Hilfe des § 463 BGB. tun, der nur die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches regelt, sondern man muß fragen, ob die §§ 459, 462 BGB. analog anwendbar sind, besonders ob dies bei § 459 BGB. der Fall ist, der die Voraussetzung für den Anspruch aus § 462 BGB. bildet.

Das wird aber dadurch ausgeschlossen, daß man unter einer Zusicherung im Sinne des § 459 BGB. eine vertragsmäßig bindende Zusage verstehen will [9]), was jedoch dann nicht der Fall ist, wenn eine allerdings arglistige aber nicht vertragsmäßige Vorspiegelung vorliegt. Das besonders, da der Wandlungs- und ebenso der Minderungsanspruch gänzlich unabhängig sind von einer deliktischen Grundlage, vielmehr auch gegeben sein können, wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft, sodaß auch die Arglist allein eine analoge Ausdehnung des § 459 BGB. nicht rechtfertigen kann. Die Folge davon ist also, daß es in solchen Fällen ausgeschlossen ist, § 463 BGB. analog anzuwenden, um Wandlungs- oder Minderungsansprüche geltend zu machen.

Damit ist aber die analoge Anwendung des § 463 BGB. auf Fälle, in denen eine arglistige Vorspiegelung vorliegt, überhaupt abzulehnen, denn in § 463 I BGB. wird gesagt, daß statt der Wandlung oder Minderung ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben ist. Um die schärfere Haftung nach § 463 I BGB. Platz greifen zu lassen, müssen also schon die Voraussetzungen der §§ 459, 462 BGB. vorliegen, das heißt es muß eine vertragsmäßig bindende Zusage vorhanden sein, wegen deren Nichterfüllung sowieso schon ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung gegeben sein muß, wozu aber die Möglichkeit, § 463 BGB. anzuwenden, noch erfordert, daß die zugesicherte Eigenschaft bereits zur Zeit des Kaufabschlusses gefehlt haben muß. Genau so liegt der Fall in § 463 II BGB. Es muß bereits ein Fehler im Sinne des § 459 I BGB. vorliegen, denn daß die Bedeutung des Wortes „Fehler" im Sinne des § 459 I BGB. dieselbe ist wie in dem des § 463 II BGB. wird allgemein anerkannt[10]). Um den Tatbestand des § 463 II BGB. zu erfüllen, muß eben noch das arglistige Verschweigen des Verkäufers hinzutreten [11]).

Somit ist es verfehlt zu sagen, wie es das Reichsgericht tut, wenn der Schadensersatzanspruch nach § 463 BGB. gegeben sei, müsse auch ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung geltend gemacht werden können.

Richtig dagegen ist es, umgekehrt zu folgern, nämlich: sind nicht bereits die Voraussetzungen des § 459 BGB. und somit der Anspruch auf Wand-

---

[9]) Vgl. oben S. 1/2.
[10]) Vgl. RGZ. Bd. 67, S. 146.
[11]) Es schafft also nicht die Arglist allein den Schadensersatzanspruch des § 463 II BGB. Vgl. dazu Modestus-Lipsiensis, Recht 1908, Sp. 502 und die Entgegnung von Matthießen in JW. 1913, S. 517.

lung oder Minderung nach § 462 BGB. gegeben, so kann auch die erweiternde Haftung nach § 463 BGB. keine Anwendung finden.

Voraussetzung für den Anspruch aus § 463 II BGB. ist also außer der Möglichkeit, bereits die §§ 459, 462 BGB. anwenden zu können, das noch hinzutretende Tatbestandsmoment der Arglist. Ist lediglich das letzte gegeben, die Anwendungsmöglichkeit der §§ 459, 462 BGB. aber nicht, so kann auch keine analoge Anwendung des § 463 II BGB. Platz greifen, da nur das eine Tatbestandsmoment, nämlich das Vorliegen der Arglist, wesensgleicher Natur ist.

Gegen die Berechtigung dieser Ausführungen, die sich im wesentlichen auf die von Matthießen stützen [12]), läßt sich m. E. nichts anführen. Ohne jede weitere Hinzufügung geht klar daraus hervor, daß der Analogieschluß des Reichsgerichts unter diesen Umständen unhaltbar ist.

Auch in der Literatur hat der Analogieschluß größtenteils Ablehnung erfahren [13]). Außer einigen dem Reichsgericht nahestehenden Autoren haben sich in der Hauptsache nur Enneccerus und Staub dafür ausgesprochen [14]). Diese gehen aber, wie Riehl mit Recht sagt [15]), überhaupt nicht auf die Gründe der Gegner ein und bringen auch für den Analogieschluß kein neues wesentliches Beweismaterial.

§ 4. Vergeblicher Versuch, der Unbilligkeit durch weitere Fassung des Begriffs der Zusicherung abzuhelfen.

Es fragt sich aber doch, ob nicht aus Billigkeitsrücksichten die Lücke im Gesetz ergänzt werden muß. Unbillig ist es m. E. auf jeden Fall, wenn man denjenigen, der einen Fehler der Kaufsache arglistig verschweigt, strenger haften lassen will, als denjenigen, der eine Eigenschaft der Kaufsache arglistig vorspiegelt. Nach der gesetzlichen Regelung, verbunden mit der allgemein anerkannten Rechtsprechung des Reichsgerichts bezüglich der Zusicherung von Eigenschaften, ist es tatsächlich so, daß derjenige, der einen schwereren Vertrauensbruch begeht, indem er eine Eigenschaft arglistig vorspiegelt, nicht so sehr betroffen wird wie derjenige, der im anderen, m. E. leichter zu beurteilenden Falle einen Fehler arglistig verschweigt, denn darüber, daß derjenige, der das arglistige Vorspiegeln, also eine positive Handlung verübt, nach der Lebensauffassung unredlicher handelt als derjenige, der es nur unterläßt, den Gegner aufzuklären, besteht wohl kein Zweifel [16]). Im ersten Falle ist aber keine Vertragshaftung gegeben, wenn man, wie es oben geschehen ist, den Analogieschluß des Reichsgerichts aus § 463 II BGB. ab-

---

[12]) Vgl. Matthießen JW. 1913, S. 516 ff.
[13]) Siehe Literaturangabe S. 3, Anm. 3.
[14]) Siehe Literaturangabe S. 3, Anm. 3.
[15]) Bei Gruch. Bd. 60, S. 831.
[16]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 60.

lehnt sondern nur mit Hilfe der §§ 123, 823 II, 826 BGB. eine Haftung auf das negative Interesse, während im zweiten Falle gemäß § 463 II BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann [17]).

Derselben Ansicht ist auch Matthießen, der betont und in folgerichtiger Art und Weise darlegt, daß, solange die Rechtsprechung des Reichsgerichts bezüglich der Zusicherungen nicht berichtigt worden ist, im ersten Fall auch keine vertragliche Haftung gegeben sein kann sondern lediglich eine solche auf das negative Interesse nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen [18]).

Es besteht also hier eine Lücke im Gesetz, die besonders durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts klargestellt wurde, die jedoch nicht durch die analoge Anwendung des § 463 II BGB. überbrückt werden kann, da, wie wir gesehen haben, die dagegen sprechenden Gründe zu schwerwiegender Natur sind.

Eine Möglichkeit, dem Mangel abzuhelfen, wäre auf folgende Art und Weise gegeben [18]): Der Begriff der Zusicherung, der jetzt durch die allgemein anerkannte Rechtsprechung des Reichsgerichts sehr eng gefaßt wird, muß erweitert werden und zwar so, daß alle Angaben des Verkäufers über wertsteigernde Eigenschaften der Kaufsache, soweit sie über leere Anpreisungen hinausgehen, als zugesicherte Eigenschaften im Sinne des § 459 II BGB. zu gelten haben. Dies würde auch dem Willen der zweiten Kommission in der zweiten Lesung entsprechen [19]), denn dort wurde ausgesprochen, daß in der Zusicherung durchaus kein Garantieversprechen enthalten sein müsse, denn der Auffassung des Verkehrs sowie den Grundsätzen von Treu und Glauben entspreche es, daß derjenige, der Angaben über die Kaufsache macht, auch dafür einstehen müsse, und im Zweifel seien eben die Angaben des Verkäufers als Zusicherung im Sinne der §§ 459 ff. BGB. aufzufassen.

Läßt man jedoch diese weitere Auffassung der Zusicherung zu, so erhebt sich eine Schwierigkeit, die an folgendem Beispiel verständlich gemacht werden soll [20]):

Wenn ein Privatmann einen Ring mit Stein gutgläubig und schuldlos, etwa auf das Urteil eines sonst bewährten Fachmannes bauend, unzutreffend beim Verkauf als echt bezeichnet, so liegt darin nach der eben wiedergegebenen Auffassung unbedingt eine Zusicherung im Sinne des § 459 II BGB., und der Käufer hat einen Anspruch auf Wandlung oder Minderung gemäß § 462 BGB. Aber noch ein dritter Rechtsbehelf kann von ihm geltend gemacht werden, nämlich der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht-

---

17) Gegen die Unbilligkeit dieses Ergebnisses auch Leonhard, Schuldrecht II, S. 61; Cohn, JW. 1911, S. 137 ff.; Hagen JW. 1911, S. 348 ff.; Geppert, Iherings Jahrb. Bd. 64, S. 437 ff. Anderer Ansicht: Haymann, s. unten S. 34.

18) JW. 1913, S. 518.

19) Protokolle Bd. 1, S. 688.

20) Entnommen aus: Haymann, Reichsgerichtspraxis Bd. 3, S. 344.

erfüllung gemäß § 463 I BGB., da die zugesicherte Eigenschaft bereits zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages fehlte.

Dies Ergebnis ist aber unerträglich, denn dadurch wird dem Käufer, der den Ring vielleicht billig gekauft hat, ein Schadensersatzanspruch eingeräumt, der ganz ungeheuerlich sein und dem gutgläubigen Verkäufer die größten Schwierigkeiten bereiten kann. Außerdem verstößt das auch gegen die grundlegende Bestimmung des § 305 BGB., weil ein Vertrag erforderlich ist, um eine solche Verpflichtung zu begründen [21]). Anders läge der Fall, wenn der Verkäufer vertraglich die Garantie für die Echtheit des Ringes übernommen hätte, aber es geht m. E. nicht, einen gutgläubigen Verkäufer, der vielleicht eine vertragliche Garantieübernahme abgelehnt haben würde, derartig streng haften zu lassen, ihn gewissermaßen auf eine Stufe zu stellen mit demjenigen, der arglistig einen vorhandenen Fehler der Kaufsache verschweigt (§ 463 II BGB.).

Noch einmal zusammengefaßt müssen wir eingestehen, daß weder die heutige Rechtsprechung des Reichsgerichts bezüglich der Zusicherungen beim Kauf noch der zuletzt erörterte Weg zu einem befriedigenden Ergebnis führen können. Die zuerst gemachten Ausführungen drängen danach, den Begriff der Zusicherung weiter zu fassen, während aus dem letzten Beispiel hervorgeht, daß auch dies nicht möglich ist, daß es im Gegenteil noch zu bedeutend unbilligeren Ergebnissen führen kann.

§ 5. Unterscheidung der Zusicherungen beim Kauf.

Zwischen diesen beiden Extremen liegt nun, wie in so vielen Fällen, der richtige Weg in der Mitte, d. h. es muß ein Unterschied gemacht werden zwischen Zusagen, die in ernstlicher und rechtsverbindlicher Absicht ausgesprochen werden und einem vertragsmäßig abgegebenen Garantieversprechen, und zwar kann man direkt sagen, ein Unterschied zwischen der Zusage im Sinne des § 459 II BGB. und der Garantieübernahme im Sinne des § 463 BGB., sodaß also, abgesehen von Absatz 2 der § 463 BGB. nur noch Anwendung findet bei einem wirklichen Garantieversprechen des Verkäufers.

Trotzdem diese Ansicht zur Verbesserung des oben bezeichneten Mangels schon wiederholt geäußert wurde [22]), ist sie von der herrschenden Meinung doch bisher immer abgelehnt worden. Wie sehr dies zu unrecht geschehen ist, soll im folgenden dargelegt werden.

---

[21]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 53.

[22]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 51 ff.; Verschulden beim Vertragsschlusse S. 15; Wolff, Iherings Jahrb. Bd. 56, S. 43 ff.; Haymann, Reichsgerichtspraxis Bd. 3, S. 336 ff.; Dernburg, Schuldverhältnisse II, S. 62.

1. Keinen Vertrag erfordernde Zusagen im Sinne des § 459 II BGB.

Wenn man die Vorgänge des täglichen Lebens betrachtet, so erkennt man leicht, daß schon bloße Zusagen beim Abschluß von Kaufverträgen eine große Rolle spielen können. Durch eine vom Verkäufer über eine Eigenschaft der Kaufsache gemachte Zusage werden bei dem Käufer berechtigte Erwartungen hervorgerufen, allerdings ist Voraussetzung dabei, daß dies in ernsthafter Weise geschieht und daß es sich nicht um bloße vage Anpreisungen handelt. Vielleicht wird er gerade durch eine Zusage des Verkäufers veranlaßt, den Kauf abzuschließen. Und dann soll seine Erwartung und sein Irrtum, hervorgerufen durch die nicht den Tatsachen entsprechende Aussage nicht geschützt werden? Derartigen Angaben muß der Käufer vertrauen dürfen, ihm muß die Möglichkeit gegeben sein, von dem Vertrage zurücktreten zu können, wenn seine auf Grund der Zusage des Verkäufers gehegte Erwartung nicht erfüllt wird oder er muß in der Lage sein, den Preis kürzen zu dürfen, den er vielleicht auch nur deshalb in dieser Höhe bewilligt hatte, weil ihn die Aussage des Verkäufers glauben gemacht hatte, die Kaufsache würde sich gerade für seine Zwecke besonders eignen. Man denke an die vielen Fälle, wo dem Abschluß des Kaufvertrages gar keine mündlichen Verhandlungen vorangehen, wo der Käufer auf Grund eines Kataloges, der über Eigenschaften der Kaufsache nähere, über bloßes Anpreisen hinausgehende Angaben macht [23]), sollte hier nicht dem irregeführten Käufer die Möglichkeit gegeben sein, den Kauf rückgängig machen zu dürfen, wenn die gekaufte Sache nachher nicht so ausgefallen ist, wie er es auf Grund der Angaben des Kataloges erwarten durfte?

So sagt Wolff mit Recht [24]), daß doch schon jede einfache Zusage den Zweck habe, den Käufer über die Beschaffenheit der Kaufsache zu unterrichten und geeignet sei, bei ihm berechtigte Erwartungen hervorzurufen [25]). Schon die römischen Aedilen hätten — und zwar das im Zeitalter eines streng formalistischen Rechts — an dieser Tatsache nicht vorübergehen können [26]), wieviel weniger können wir das heute tun, wo doch unser Rechtssystem auf der Herrschaft von Treu und Glauben aufgebaut ist. Besonders geißelt Wolff die Auffassung, daß der Verkäufer jede beliebige Aeußerung über die Kaufsache ohne Gefahr für sich selbst tun könnte, wenn diese Aeußerung nur nicht in der Form eines Garantieversprechens abgegeben werde, und er nennt so etwas mit Recht unverständlich für einen modernen Juristen. Und ebenso im Recht ist Haymann [27]), wenn er sagt, „daß der Rechtsgedanke der Aedilen, die Kaufsache, deren Beschaffenheit gegen eine

---

[23]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 52.
[24]) Vgl. Wolff, Iherings Jahrb. Bd. 56, S. 48 ff.
[25]) Ueber die hierdurch bedingte Kausalität der Zusage für den Abschluß des Kaufvertrages vgl. unten § 5, 2b, S. 22.
[26]) Vgl. unten S. 27 ff.
[27]) Vgl. Haymann, Reichsgerichtspraxis Bd. 3, S. 341.

bestimmte Angabe des Verkäufers verstieß, zurückgegeben werden könne oder nur gegen Kürzung des Preises behalten zu werden brauche, von so unverwüstlicher Lebenskraft erscheine, daß alle Versuche, die Zusage nur noch als vertragsmäßige Garantie anzuerkennen, ihn im Rechtsleben nicht ersticken konnten".

Auch die herrschende Lehre hegte Bedenken gegen ihre Rechtsprechung und hat deshalb zu einem Ausweg gegriffen. Und zwar half sie sich mit dem Begriff des Fehlers. Damit kommt man jedoch zu einer ganz unbefriedigenden Lösung. Denn man denke nur, es solle in dem am Anfang der Arbeit angeführten Beispiel der Tatsache, daß das Piano kein echter Blüthner sei, als Fehler des Pianos hingestellt werden. Einen Fehler weist das Piano nicht auf, denn es ist mit keinem Mangel behaftet, der den Wert oder die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch erheblich mindert (§ 459 I BGB.). Wenn es auch nur ein Erzeugnis mittelmäßiger Qualität darstellt und somit im Werte bedeutend geringer zu bemessen ist als ein echter Blüthner, so bedeutet doch dieser Abfall im Werte noch keine Abweichung von der normalen Beschaffenheit.

Trotzdem haben die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 114, S. 239 und Bd. 115, S. 286 ff. in ähnlichen Fällen, wo eine Zusicherung verneint wurde, Fehlerhaftigkeit angenommen. Mit Recht sagt Haymann[28]), daß hier eine Vermengung von Fehlerhaftigkeit nach § 459 I BGB. und Zusicherung nach § 459 II BGB. stattfinde und daß „für die Bedeutung der Fehlerhaftigkeit nach § 459 I BGB. überhaupt nicht mehr die Abweichung von einer objektiven Norm sondern allein von einer Zusicherung der Partei im Vertrag als ausschlaggebend behandelt wird". Hier ist also deutlich die Absicht zu beobachten, dem auf diese Weise geschädigten Käufer die Möglichkeit der Wandlung oder Minderung nach § 462 BGB. zu geben. Diese Absicht ist unbedingt gut zu heißen, zu ihrer Verwirklichung wird aber leider der verkehrte Weg eingeschlagen, und doch kann man mit Hilfe der oben geäußerten Ansicht den hier erstrebten Zweck sehr leicht erreichen, indem man nämlich der Zusage im Rechtsleben nicht jede Bedeutung abspricht.

Uebrigens kommt auch das Reichsgericht in einer früheren Entscheidung[29]) in einem ähnlichen Falle wie dem oben angeführten dazu, das Vorhandensein eines Fehlers abzulehnen, indem es zutreffend sagt, daß ein Abweichen in der Qualität etwas ganz anderes bedeutet als der Umstand, daß eine Sache mit Fehlern behaftet sei. So kann man auch in dem oben angeführten Falle sagen, das Instrument ist, als von einer anderen Firma Blüthner stammend, genau so beschaffen wie alle von dieser Firma stammenden Pianos, daß es in der Qualität schlechter ist als ein echter Blüthner,

---

[28]) Vgl. Haymann, Reichsgerichtspraxis Bd. 3, S. 327, ebenso Leonhard, Schuldrecht II, S. 53.

[29]) RGZ. Bd. 97, S. 351.

bedeutet nicht, daß es als Klavier selbst und zwar als gekaufte Speziessache fehlerhaft sein muß, denn sonst müßte man ja alle nicht von der bekannten Firma Blüthner stammenden Pianos, die in der Qualität schlechter sind als diese, als fehlerhafte Blüthner-Pianos bezeichnen. Denn, so sagt Haymann[30]), „die Enttäuschung auch berechtigter Erwartungen, die der Käufer nach dem Vertragsinhalt in die Beschaffenheit und ihre besonderen Vorzüge gesetzt hat, bedeuten noch lange nicht einen Fehler der Kaufsache nach § 459 I BGB".

Also ist auch dieser Weg, der eingeschlagen wurde, um in Fällen, wo nur eine Zusage und kein Garantieversprechen abgegeben war, Wandlungs- oder Minderungsansprüche zu gewähren, nicht gangbar.

Auch Wetzel vertritt die Ansicht[31]), daß die bloße Zusage — er nennt sie Angabe — eine Haftung des Verkäufers hervorrufen müsse, wodurch dem Käufer die Möglichkeit gegeben sein solle, die aedilizischen Ansprüche geltend zu machen. Den Rechtsgrund für diese Haftung will er aber nicht in den §§ 459 II, 462 BGB. erblicken, sondern er will dies teilweise damit erreichen, daß er den Fehlerbegriff im Sinne des § 459 I BGB. ausdehnt[32]), teilweise aber auch — weil er einsieht, daß sich die meisten Fälle überhaupt nicht unter die Formel des § 459 I BGB. bringen lassen — damit, daß er eine vertragsmäßige Haftungsübernahme des Verkäufers für die betreffende Eigenschaft annimmt und zwar nach Art der in § 492 BGB. festgesetzten Uebernahme der Haftung beim Viehkauf für solche Mängel, für die der Verkäufer eigentlich nicht einzustehen hat. Er kommt zu dieser Konstruktion wohl hauptsächlich deshalb, weil es seiner Meinung nach unmöglich erscheint, die Zusage als Zusicherung im Sinne des § 459 II BGB. aufzufassen. Er hält das Wort „Zusicherung" für grundverschieden von dem Ausdruck „Zusage". Eine Zusicherung soll mehr sein als eine gelegentliche Aeußerung des Verkäufers. Außerdem sei das Gesetz mit solcher Sorgfalt redigiert worden, daß es so gut wie ausgeschlossen sein soll, daß in demselben Abschnitt in zwei so benachbarten Paragraphen wie 459 und 463 derselbe Ausdruck in verschiedenem Sinne gebraucht sein könnte.

Nun ist ihm wohl darin zuzustimmen, daß gewiß der Ausdruck Zusicherung stärker ist als der Ausdruck Zusage. Auch wir wollen ja zwischen beiden unterscheiden, aber rein sprachlich besteht kaum ein großer Unterschied zwischen den beiden Worten[33]).

Daher besteht also wohl die Möglichkeit, die Zusage als Zusicherung im Sinne des § 459 II BGB. aufzufassen. Daß wir dabei der Zusicherung nach § 459 II BGB. eine andere Bedeutung beilegen müssen als der nach

---

[30]) Haymann, Reichsgerichtspraxis Bd. 3, S. 325.
[31]) Wesen der Zusicherung, S. 11, S. 13 ff.
[32]) Vgl. oben S. 9.
[33]) Vgl. Sanders-Wülfing, Handwörterb. d. deutsch. Sprache, Leipzig 1924, S. 880.

§ 463 BGB., daran kann uns der Wortlaut des Gesetzes nicht hindern, vielmehr fällt der Tadel dafür auf das Gesetz selbst und die Gesetzgeber — zu deren Ansicht wir uns hier bewußt in Gegensatz stellen wollen und müssen [34]) — zurück [35]).

Für uns handelt es sich darum, daß es möglich ist, unsere Ansicht nicht gegen den sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebenden Sinn aufstellen zu müssen, und es ist wichtig. daß wir den anfangs geschilderten Unbilligkeiten auf diese Weise innerhalb des gesetzlichen Rahmens abhelfen können.

Damit ist aber auch die konstruierte Haftungsübernahme nach Art des § 492 BGB. überflüssig, die Wetzel übrigens selbst als Konstruktion bezeichnet [36]). Sie wirkt sogar verwirrend, denn zu einer solchen besonderen Haftungsübernahme — selbst wenn sich die Haftung auf Wandlung oder Minderung beschränkt — ist immer ein Vertrag nötig und nach unserer Ansicht soll ja gerade die bloße einseitige Zusage imstande sein, die aedilizischen Ansprüche des Käufers hervorzurufen, im Gegensatz zu der Zusicherung, die, wie unten noch gezeigt werden soll, einen Vertrag erforderlich macht [37]). Wetzel kommt zu seiner Ansicht auch nur deshalb, weil er solche Aussagen, die nach unserer Meinung als „Zusagen" zu bezeichnen sind, schon „Zusicherungen im technischen Sinne" nennt [38]), dann aber vor der weitgehenden Haftung des § 463 BGB. zurückschreckt, diese deshalb vertraglich ausschließen muß und so dazu gelangt, hier von einer vertraglichen Haftungsübernahme zu sprechen, die bei den Zusagen (von ihm Angaben genannt) konstruiert werden und auf Wandlung oder Minderung gerichtet sein soll.

Die Ausführungen Wetzel's sind von uns zwar abzulehnen, aber der ihnen zugrunde liegende Gedanke ist doch wichtig und anzuerkennen, nämlich der bloßen Zusage ihre Bedeutung für unser Rechtsleben und besonders für den Kauf nicht abzusprechen.

Die bisherigen Erörterungen noch einmal zu einem Ergebnis zusammengefaßt hatten folgenden Inhalt: Jede von dem Verkäufer bei Abschluß des Kaufvertrages gemachte ernsthafte Zusage über eine Eigenschaft der Kaufsache soll den Käufer berechtigen, gemäß § 462 in Verbindung mit § 459 II BGB. Wandlung oder Minderung zu verlangen.

2. Vertragliche Zusicherungen im Sinne des § 463 BGB.

Zwischen dieser Zusage nach § 459 II BGB. und der Zusicherung nach § 463 BGB. müssen wir nun scharf scheiden. Die besonderen Folgen des § 463 BGB. sollen nicht an eine bloße Zusage geknüpft werden können,

---

34) Vgl. die Ausführungen unten S. 31 ff.
35) Vgl. Wolff, Iherings Jahrb. Bd. 56, S. 49.
36) a. a. O. S. 59.
37) Vgl. unten S. 12 ff.
38) a. a. O. S. 57.

sondern es müssen für die Zusicherungen gemäß § 463 BGB. strengere Erfordernisse aufgestellt werden.

Wann liegt nun eine solche Zusicherung im Sinne des § 463 BGB. vor? Dazu ist zu sagen, daß hier eine einseitige Erklärung des Verkäufers nicht ausreicht, sondern daß ein Vertrag vorliegen muß. Auch in diesem Falle eine einseitige Erklärung als genügend anzusehen, wie es in der Tat manche befürworten [39]), kann nicht gebilligt werden. Denn diese Ansicht ist, wie Leonhard mit Recht sagt [40]), nicht schlüssig. Die Vertreter dieser Meinung behaupten, wenn ein Vertrag abgeschlossen sei, so wäre dessen notwendige Folge eine Klage auf Erfüllung der Zusicherung. Diese Klage kann daraus entspringen, sie braucht es aber nicht immer, denn, wie Leonhard sagt [40]), kann der Vertrag darauf gerichtet sein, lediglich für den Fall des Ausbleibens eine Haftung zu erzeugen, und dies kann nicht nur so sein, sondern in allen Fällen, wo eine vertragliche Zusicherung beim Abschluß eines Kaufvertrages erteilt wird, soll die Haftung nach § 463 BGB. immer nur dann eintreten, wenn die zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden ist.

Die wesentlichste Stütze für unsere Ansicht bildet der § 305 BGB. Hier wird bestimmt, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist. Ausnahmen von dieser Regel sollen nur möglich sein, wenn das Gesetz ein anderes vorschreibt. Um festzustellen, ob wir von dieser Ausnahmebestimmung Gebrauch machen können, müssen wir fragen, ob das Gesetz für unseren Fall etwas anderes vorschreibt. Das ist aber zu verneinen, denn wenn auch in § 463 BGB. von einer Zusicherung des Verkäufers gesprochen wird und somit auf dessen Erklärung der Hauptwert zu legen ist, so kann man doch darin keine Ausnahme von der allgemein gültigen Regel des § 305 BGB., durch welche die allgemeine Verbindlichkeit des einseitigen Schuldversprechens abgelehnt wird, erblicken, denn eine Ausnahme soll nur in bestimmten Fällen Platz greifen, und das Gesetz will nur aus besonderen Gründen von dem Erfordernis eines Vertrages abgehen.

Nachdem wir nun gesehen haben, daß der § 463 BGB. nicht zu den Ausnahmen im Sinne des § 305 BGB. zählen kann, und daß auf direktem Wege hier nicht von dem Erfordernis eines Vertrages abzugehen ist, muß jetzt die Möglichkeit einer analogen Anwendung dieser Ausnahmebestimmung für unseren Fall erörtert werden. Daß Ausnahmebestimmungen überhaupt analoger Ausdehnung fähig sind, muß zugegeben werden. Enneccerus-Nipperdey [42]) legt dar, daß „innerhalb des engeren Prinzips, das dem singulären Rechtssatz zugrunde liegt, Analogie gestattet ist“ [43]).

---

39) Leonhard, Schuldrecht II, S. 58 und die dort angegebene Literatur.
40) Vgl. Leonhard a. a. O.
41) Wetzel, Wesen der Zusicherung S. 22.
42) Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 44, I 1 u. 2 a.
43) Vgl. auch Oertmann, Schuldverh. I, Bem. 3 vor § 305.

Eine analoge Ausdehnung dieser Ausnahmebestimmung kann jedoch nur dann Platz greifen, wenn genau dieselben Gründe vorliegen, die auch das Gesetz veranlaßt haben, von der grundlegenden Bestimmung des § 305 BGB. abzuweichen. Diese Gründe sind aber auf keinen Fall diejenigen, die von der Minderheit in der zweiten Kommission vorgebracht wurden [44]), nämlich immer dann von der Regel abzugehen, wenn durch ein einseitiges Versprechen dem Erklärungsgegner ein Vorteil entsteht [45]). Denn dann brauchte ja auch das Schenkungsversprechen nur einseitig erklärt zu werden und würde ohne Annahme durch den Schenkungsempfänger verbindlich sein, das Gesetz verlangt jedoch hier einen Vertrag (§ 518 BGB.). Die Gründe, von der Regel des § 305 BGB. abzugehen, sind andere. Der eine ist darin zu sehen, daß es Fälle gibt, wo die Annahme des Leistungsversprechens durch einen bestimmten Gegner garnicht möglich ist und dann fordert es oft die Verkehrssicherheit, daß teilweise die Wirksamkeit des Versprechens auch ohne Annahme eintritt.

So stellt die Auslobung (§ 657 BGB.) eine Ausnahme von dem Prinzip des § 305 BGB. dar, denn es fehlt zunächst ein bestimmter Gegner, der das Anbieten des Auslobenden annehmen könnte, trotzdem bleibt es, gerichtet an einen unbegrenzten Kreis von Personen, solange wirksam, bis es widerrufen wird oder die Frist zur Bewerbung abgelaufen ist. Ebenso verhält es sich auch beim Stiftungsgeschäft (§ 81 BGB.), das eine bindende einseitige Willenserklärung des Stifters darstellt [46]), selbst wenn man berücksichtigt, daß die Schuld nicht schon aus dem einseitigen Rechtsgeschäft, sondern aus der Entstehung der Stiftung erwächst. Die Verpflichtung selbst wird jedoch durch die einseitige Erklärung geschaffen [47]). Bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff. BGB.) fehlt es nun zwar nicht immer an einer Person, die das Versprechen des Ausstellers annehmen könnte, aber im Interesse der Sicherheit des Verkehrs muß jedem, dem eine solche Schuldverschreibung in die Hände gelangt, das Recht eingeräumt werden, die Leistung fordern zu können, denn die Verpflichtung aus der Inhaberschuldverschreibung entsteht durch den Begebungsvertrag und die für uns hier wesentliche Besonderheit besteht darin, daß gar keine ordentliche Begebung erfolgt zu sein braucht, denn dem gutgläubigen Nehmer können Mängel des Begebungsvertrages nicht entgegengesetzt werden [48]). So muß also auch hier das einseitige Leistungsversprechen ausnahmsweise eine Verbindlichkeit hervorrufen.

In unserem Falle liegt nun von den beiden Gesichtspunkten, die das Gesetz veranlaßt haben, von dem Prinzip des § 305 BGB. abzugehen, kei-

---

44) Vgl. Protokolle I, S. 447.
45) Vgl. Leonhard, Schuldrecht I, S. 263.
46) Vgl. Planck, Allgem. Teil, Anm. 1 zu § 81; Oertmann, Allgem. Teil, Anm. 1 b zu § 81, Schuldverh. I Bem. bβ vor § 305.
47) Vgl. Leonhard, Schuldrecht I, S. 263; Oertmann Allgem. Teil, Anm. 1 bβ zu § 81.
48) Vgl. Jung, Bürgerl. Recht, S. 783.

ner vor, denn zum Abschluß eines Kaufvertrages ist immer ein bestimmter Gegner nötig und außerdem werden die Rechte des Käufers auch meistens nicht zediert, der Käufer ist also in der Lage, die Annahme der Zusicherung zu erklären und Rücksichten auf die Verkehrssicherheit spielen hier im Gegensatz zu der Schuldverschreibung auf den Inhaber keine Rolle. Um die Ausnahmebestimmungen von der Regel des § 305 BGB. analog anwenden zu können, fehlt es bei der Zusicherung im Sinne des § 463 BGB. an denselben Voraussetzungen. Zur Wirksamkeit der Zusicherung ist ein Vertrag erforderlich [49]).

Auch in der Rechtsprechung wird häufig das Erfordernis aufgestellt, daß die Zusicherung ein Vertrag sein müsse. Wenn der Verkäufer eines Rheindampfers bei den Verkaufsverhandlungen ausgesagt hat, daß dieser eine bestimmte Schleuse durchfahren könne, während er, wie sich später herausstellt, zu breit dafür ist, so liegt darin dann keine Zusicherung, wenn diese Aussagen nicht vertraglich erhärtet sind, sondern lediglich eine Zusage des Verkäufers darstellen, die dieser gegenüber den geäußerten Zweifeln des Käufers ausgesprochen hat und die der Ueberzeugung des Verkäufers, daß der Dampfer die Schleusen durchfahren könne, Ausdruck geben soll [50]). Und so wird noch an vielen anderen Stellen ausgeführt [51]), daß nicht jede bei den Kaufverhandlungen von dem Verkäufer über Eigenschaften (z. B. Größe) des Kaufgegenstandes abgegebene Erklärung als Zusicherung anzusehen ist, daß vielmehr ein Vertrag dazu erforderlich ist.

Freilich ist dies Erfordernis von der Rechtsprechung schon für die Zusicherung im Sinne des § 459 II BGB. aufgestellt worden, hauptsächlich dazu, um die oben erwähnten Folgen einer zu weiten Ausdehnung des Begriffs der Zusicherung zu vermeiden [52]). Auch hat man sich dabei nicht so sehr auf den § 305 BGB. und die eben gemachten Ausführungen gestützt, wie es hier geschehen ist. Trotzdem ist doch der diesen Erwägungen zugrunde liegende Rechtssatz als richtig anzuerkennen: Die Zusicherung im Sinne des § 463 BGB. ist ein Vertrag.

Anderer Ansicht ist Julius [53]), weil seiner Meinung nach der Käufer dadurch schlechter gestellt sein soll, denn er könnte versehentlich statt seiner Zustimmung seine Nichteinwilligung erklären. Er legt also anscheinend das Hauptgewicht des erforderlichen Vertrages auf eine ausdrückliche Annahmeerklärung des Käufers, während wir doch hauptsächlich die Zusicherungserklärung des Verkäufers im Auge haben, wenn wir für die Zusicherung das

[49]) Vgl. zu diesen Ausführungen Wetzel, Wesen der Zusicherung S. 21 ff.
[50]) Vgl. RG. Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 957.
[51]) Vgl. Recht 1908, Nr. 962; Recht 1916, Nr. 1870; Gruch. Beitr. Bd. 48, S. 593; Warneyer 1917, Nr. 100; Seufferts Arch. Bd. 60, Nr. 4 und besonders RGZ. Bd. 54, S. 223 ff.
[52]) Vgl. oben § 4.
[53]) Julius, Inwieweit ist der Verkäufer nach dem BGB. zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet?, S. 8 ff.

Erfordernis des Vertrages aufstellen. Die weitgehende Haftung des Verkäufers aus § 463 BGB. soll nicht bei jeder Erklärung des Verkäufers eintreten, daß wir dabei an die Annahmeerklärung des Käufers nur geringe Erfordernisse stellen, ergibt sich aus dem folgenden Abschnitt.

Zum Zustandekommen dieses Vertrages ist also außer der Zusicherung des Verkäufers auch noch eine Annahmeerklärung des Käufers nötig. Dieser Umstand bietet keine Schwierigkeiten, wenn die Zusicherung gelegentlich der Verhandlungen über den Abschluß des Kaufvertrages abgegeben wird. Wenn der Käufer dann unter den ausgemachten Bedingungen den Kauf abschließt, so ist darin auch eine Annahme der Zusicherungserklärung des Verkäufers zu erblicken.

Schwieriger gestaltet es sich dann, wenn die Zusicherung gesondert vom Kaufvertrag, vielleicht nach dessen Abschluß abgegeben wird. Durch die Abgabe dieser Zusicherungserklärung des Verkäufers wird die Lage des Käufers ohne Zweifel gebessert, und so braucht man an seine Annahmeerklärung keine großen Anforderungen zu stellen [54]). Sie kann stillschweigend geschehen. Schweigen gilt zwar in der Regel nicht als Annahme [55]), aber man muß dabei doch auf die Verkehrsübung Rücksicht nehmen, wonach es sicherlich sehr oft nicht den mutmaßlichen Absichten der Parteien entspricht, ihr Schweigen so aufzufassen [56]). So sagt Staudinger mit Recht [56]), ob im einzelnen Falle der Schluß: qui tacet consentire videtur, gerechtfertigt ist, kann nur bei Würdigung der konkreten Umstände entschieden werden. Würdigen wir diese Umstände hier bei der Annahmeerklärung des Käufers, so müssen wir sagen, daß seine Lage, wie schon oben erwähnt, durch das Angebot des Verkäufers, streng haften zu wollen, nur gebessert und daß er sicher auf jeden Fall damit einverstanden sein wird. Im Falle des Schweigens des Käufers kann sich also der Verkäufer immer denken, daß der andere Teil nicht widersprechen wird, und sein Schweigen kann als stillschweigende Annahmeerklärung gewertet werden.

Außer der Annahme der Zusicherung durch stillschweigende Willenserklärung des Käufers kann eine solche gemäß § 151 BGB. noch auf andere Weise geschehen, ohne daß es einer ausdrücklichen Annahmeerklärung bedarf. Nach § 151 BGB. kommt ein Vertrag auch dann zustande, wenn die Annahme dem Antragenden gegenüber nicht erklärt wird, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Für unseren Fall kann man wohl behaupten, daß die Verkehrssitte bei einer solchen Erklärung wie die Zusicherung des Verkäufers, die jeder Käufer annehmen wird, weil er dadurch nichts verlieren sondern höchstens gewinnen kann, eine besondere bejahende Annahmeerklärung nicht erwartet [57]). Die Annahme des Antrags

[54]) Vgl. Wetzel, Wesen der Zusicherung, S. 24.
[55]) Vgl. Staudinger, Allgem. Teil, Anm. 1 zu § 146.
[56]) Vgl. Staudinger a. a. O.
[57]) Vgl. Wetzel, Wesen der Zusicherung, S. 25; Planck, Allgem. Teil. Anm. 3a zu § 151.

ohne ausdrückliche Erklärung kann gemäß § 151 BGB. nach der Verkehrssitte auch durch eine Willensbetätigung erfolgen, aus welcher der Annahmewille hervorgeht. Wenn also der Käufer, nachdem ihm das Angebot des Verkäufers, gemäß § 463 BGB. haften zu wollen — die Zusicherungserklärung also —, zugegangen ist, auf das Postscheckkonto des Verkäufers den Kaufpreis einzahlt, so ist daraus auch ohne ausdrückliche Erklärung zu entnehmen, daß er mit dem Vorschlage einverstanden ist. Auch in diesem Falle ist eine Zusicherung vertragsmäßig zustande gekommen.

Auch die Zusicherungserklärung des Verkäufers selbst kann genau so wie die Annahmeerklärung des Käufers stillschweigend erfolgen. Da aber in diesem Falle dem Verkäufer die sehr weitgehende Haftung aus § 463 BGB. auferlegt wird, so muß man mit der Annahme einer solchen stillschweigenden Zusicherungserklärung sehr vorsichtig sein [58]). Grundsätzlich muß man sich jedoch für die Möglichkeit solcher stillschweigenden Zusicherungserklärungen aussprechen und für ihre Zulässigkeit hat man sich auch in der Wissenschaft und Rechtsprechung fast allgemein eingesetzt [59]). Der Fall einer solchen stillschweigenden Zusicherung liegt z. B. dann vor, wenn in einem Kaufvertrage bestimmt ist, daß nur ein gewisser, vielleicht möglicher Schaden von der Haftung ausgenommen sein soll, denn dann ist daraus zu entnehmen, daß der Verkäufer sich stillschweigend bereit erklärt, für sonst noch eintretenden Schaden haften zu wollen [60]). Ein anderer Fall einer stillschweigenden Zusicherung ist dann gegeben, wenn der Käufer beim Vertragsschluß erkennbar auf Garantie für eine bestimmte Eigenschaft der Sache entscheidendes Gewicht legt, und der Vertrag auf dieser Grundlage abgeschlossen wird, ohne daß der Verkäufer gegen die Vertragsbedingung des Käufers Widerspruch erhoben hat [61]).

Von der stillschweigenden Zusicherung sind aber solche Fälle scharf zu scheiden, wo die Möglichkeit eines bestimmten Gebrauchs der Kaufsache stillschweigend und vertragsmäßig vorausgesetzt wird, eine Erklärung des Verkäufers, für einen in dieser Hinsicht vorhandenen Mangel einzustehen, aber nicht abgegeben wird. So ist beim Verkauf eines Fasses, das der Käufer zur Aufbewahrung von Flüssigkeiten benutzen will, stillschweigende Voraussetzung, daß dieses nicht undicht ist, ein neuer Anzug darf nicht derartige Webfehler im Stoff aufweisen, daß er beim ersten Anziehen zerreißt. Die Kaufsache hat in solchen Fällen einen Fehler im Sinne des § 459 I BGB., und der Käufer hat einen Anspruch auf Wandlung oder Minderung, nicht aber einen solchen

---

58) Vgl. Leonhard, Verschulden S. 35/36; Oertmann, Schuldverh. II, Anm. 7 zu § 459.

59) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 59; Wetzel, Wesen der Zusicherung, S. 26 und die dort angegebene Literatur.

60) Vgl. Leonhard a. a. O.

61) Vgl. Soergel, Rechtsprechung, Jahrg. 1918, S. 92.

auf Schadensersatz [62]). Unter diese Art von Fällen ist auch das Beispiel zu rechnen, welches Julius anführt [63]), um die Möglichkeit stillschweigender Zusicherungen gänzlich abzulehnen. Nach seiner Meinung müsse nämlich — für den Fall der allgemeinen Anerkennung stillschweigender Zusicherungen — dann jemand, der eine gestempelte Briefmarke zum Verkauf anbietet, für die Echtheit des Stempels Garantie leisten, selbst wenn er kein Wort dabei gesprochen habe, denn darin sei die stillschweigende Zusicherung einer Eigenschaft, nämlich der Echtheit des Stempels zu erblicken. Diese Ansicht von Julius ist jedoch irrig. Ihr ist einmal entgegenzuhalten, daß man, wie wir zu Beginn dieses Abschnitts gesagt haben, mit der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung sehr vorsichtig sein muß. Außerdem handelt es sich in dem von Julius angegebenen Falle garnicht um eine Zusicherung, ja nicht einmal um eine Zusage im Sinne des § 459 II BGB. Sollte sich der Stempel der Briefmarke als nicht echt erweisen, so hat die Briefmarke einen Fehler im Sinne des § 459 I BGB., der ihren Wert für den gewöhnlichen Gebrauch, d. h. hier für den Gebrauch des Briefmarkensammlers aufhebt oder, wenn das nicht der Fall ist, ihn erheblich mindert. Das von Julius angezogene Beispiel kann daher kein Argument gegen unsere Ansicht sein.

Eine stillschweigende Zusicherung liegt auch nicht vor, wenn eine Eigenschaft der Kaufsache ausdrücklich beigelegt wird, wenn z. B. Wintersaatweizen verkauft wird. Bezeichnet der Verkäufer seine Ware derartig, so ist darin eine Zusage zu erblicken und dem Käufer steht ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung gemäß den §§ 459 II, 462 BGB. zu, wenn z. B. der Weizen nicht keimt. Man muß nun allerdings eingestehen, daß dieser Ausgleich für den Käufer, der den Weizen ausgesät hat und dadurch die Ernte eines Jahres verliert, sehr gering ist. Aber andererseits muß man überlegen, daß in dem Falle, wo den Verkäufer ein Verschulden trifft, etwa Fahrlässigkeit beim Versand, der Käufer einen Anspruch auf Schadensersatz hat wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse [64]). Diese Haftung aber auch in dem Falle eintreten zu lassen, wo den Verkäufer kein Verschulden trifft, wo er vielleicht den Mangel trotz aller Sorgfalt nicht erkennen konnte, würde aufs schärfste der Gerechtigkeit und dem im BGB. herrschenden Schuldprinzip widersprechen.

Selbst wenn der Verkäufer ausdrücklich erklären würde, es handele sich um „echtes" Saatgut, so würde darin noch keine Zusicherung zu erblikken sein, sondern nur eine Zusage, denn gerade hier ist zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied festzustellen. Die Zusage enthält nur eine Mitteilung über die Eigenschaft der Kaufsache, während bei der Zusicherung der Wille des Verkäufers hinzukommen muß, für den Schaden eintreten zu wollen,

---

62) Vgl. RGZ. Bd. 114, S. 241: beiderseits vorausgesetzte Eigenschaften sind keine Zusicherungen.

63) Julius, S. 10 ff.

64) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 62/63.

den der Käufer erleiden kann, weil er auf die vertraglich abgegebene Zusicherung vertraut hat. Dieser Wille zu haften geht aber aus der Bezeichnung „echtes" Saatgut nicht hervor, man kann darin also keine Zusicherung erblicken.

Wie wir gesehen haben, kann also die Zusicherung auch stillschweigend erfolgen, es braucht nicht immer mit Worten, viel weniger noch mit den ausdrücklichen Worten: ich will haften, ich übernehme die Garantie, zu geschehen. Im übrigen ist davor zu warnen, unter dem Wort Garantie in jedem Falle eine Zusicherung gemäß § 463 BGB. verstehen zu wollen. Denn wenn der Verkäufer einer Uhr für deren einwandfreien Gang Garantie leistet, so ist darunter zu verstehen, daß er etwaige Fehler der Uhr kostenlos beseitigen will, daß er gewissermaßen eine Zusage erteilt, nämlich die: meine Uhren sind gute Ware, nicht aber soll man annehmen, daß er für den etwaigen aus einem Versagen der Uhr entstehenden Schaden eintreten will [65]).

Aehnliches gilt auch für die stillschweigenden Zusagen [66]). Man nehme z. B. den Verkauf einer Milchschleudermaschine, dann ist es selbstverständliche Voraussetzung, daß dieser Aparat tatsächlich den Rahm von der Magermilch trennt. Ist das nicht der Fall, ist vielleicht der an einer Seite ausfließende Rahm noch zu sehr mit Milch vermischt, so muß der Verkäufer Wandlung oder Minderung gestatten, denn wenn der Verkäufer einen Apparat als Milchschleudermaschine verkauft, so erklärt er damit, daß die Kaufsache die dem ihm vom Käufer kundgegebenen Zweck entsprechenden Merkmale besitzt [67]).

Es wird nun schwer sein, genau festzustellen, ob es sich um eine Zusage nach § 459 II BGB. oder um einen Fehler nach § 459 I BGB. handelt. Dies gilt besonders von solchen Fällen, die zwischen den beiden angegebenen Möglichkeiten auf der Grenze liegen und wo man sich oft nur durch genaue Kenntnis der Vorgänge beim Vertragsschluß für den einen oder den anderen Fall entscheiden kann. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß diese Fälle, selbst wenn sie noch so sehr auf der Grenze zwischen § 459 I und § 459 II BGB. liegen, immer von denjenigen geschieden werden, in denen tatsächlich eine stillschweigende Zusicherung im Sinne des § 463 BGB. vorliegt, was m. E. auch immer möglich sein sollte. —

Es ist nun noch auf das Verhältnis der Zusicherung zum Kaufvertrag einzugehen. Im Rechtsleben kommt es sehr oft vor, daß sich die Abmachungen der Parteien nicht unter einen Vertragstypus — sei er im Gesetz geregelt oder nicht — einreihen lassen, sondern daß sie unter zwei verschiedene Arten von Verträgen fallen oder daß einem einer bestimmten Art angehörenden Vertrag noch besondere Vereinbarungen der Parteien hinzugefügt werden [68]).

Das ist nun einmal in der Art möglich, daß eine Mehrheit von Ver-

---

[65]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 58.
[66]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 59.
[67]) Vgl. Haymann, Reichsgerichtspraxis, Bd. 3, S. 342.
[68]) Vgl. Wetzel, Wesen der Zusicherung S. 28.

trägen besteht, die vielleicht zufällig auf einer Urkunde zusammengesetzt sind oder für welche nur eine einzige Gegenleistung vereinbart ist oder die alternativ miteinander verbunden sind, sodaß je nach Ausfall einer Bedingung der eine oder der andere Vertrag Gültigkeit haben soll. In allen diesen Fällen haben wir es mit mehreren Verträgen zu tun, die unabhängig von einander bestehen. Jeder Vertrag folgt ausschließlich den eigenen Regeln [69]).

Anders verhält es sich beim gemischten Vertrag. Hier kann man nicht von mehreren Verträgen sprechen, die selbständig nebeneinander bestehen, sondern hier handelt es sich um ein einheitliches Ganzes, das zwar zwei Vertragsarten nicht aber zwei Verträge enthält [70]). Da ein solcher Vertrag den im Gesetz geregelten Vertragsarten nicht genau entspricht, so muß man prüfen, ob in seinem Inhalt vielleicht die eine derartig überwiegend ist, daß man den ganzen Vertrag nach ihr bezeichnen kann oder ob beide so bedeutsam sind, daß es unmöglich ist, den einen oder den anderen ganz zu unterdrücken und dem anderen unterzuordnen. In diesen Fällen haben wir es mit einem gemischten Vertrag eigener Art zu tun.

Endlich ist hier noch von einer dritten Gruppe, den Nebenverträgen, zu reden. Dabei sind nicht zwei Verträge zu einer Einheit verschmolzen wie im vorhergehenden Falle, sondern es sind wieder zwei Verträge vorhanden, wovon sich der eine als Hauptvertrag darstellt, während der zweite eine Verpflichtung enthält, die dem ersten Vertrag untergeordnet ist und die Aufgabe hat, ihm zu dienen, sodaß wohl der Hauptvertrag allein bestehen könnte, nicht aber der Nebenvertrag [71]).

Ein solcher Nebenvertrag ist auch die Zusicherung, denn sie ist mehr als eine besondere Ausgestaltung des Hauptvertrages, des Kaufes, was z. B. vorliegen kann, wenn der Verkäufer sich verpflichtet hat, die Ware statt an den Erfüllungsort zu liefern, sie nach einem anderen Orte zu befördern. Ohne die Zusicherung würde nur der Kaufvertrag bestehen und die besonderen Folgen der Zusicherung würden nicht eintreten können. Durch die Zusicherung wird also etwas Neues in das Rechtsgeschäft hineingetragen, was eine besondere dem Hauptvertrag dienende Verpflichtung bedeutet. Zum Zustandekommen dieser Verpflichtung ist jedoch mehr als einige lediglich den Hauptvertrag ausgestaltende Bemerkungen des Verkäufers erforderlich, nämlich ein Vertrag. Dieser besondere Vertrag kann nun entweder Bestandteil des Kaufvertrages sein oder sein Inhalt kann vor oder nach Abschluß des Kaufvertrages zwischen den Parteien vereinbart sein, auf jeden Fall ist sein Vorhandensein als zweiseitig abgeschlossene Verpflichtung immer erforderlich, um die Haftung gemäß § 463 BGB. eintreten zu lassen. Die Zusicherung ist also als ein dem Kaufvertrage untergeordneter Nebenvertrag zu bezeichnen.

---

69) Enneccerus, Schuldverh. § 323 A.
70) Leonhard, Schuldrecht I, S. 323 ff.
71) Vgl. hierzu Wetzel, Wesen der Zusicherung S. 29.

Nun hat zwar das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen ausdrücklich abgelehnt, daß die Zusicherung Gegenstand eines selbständigen Nebenvertrages sein könne. Sie sei als Bestandteil des über die Kaufsache abgeschlossenen Hauptvertrages anzusehen [72]). Dazu ist aber zu sagen, daß der Begriff des „selbständigen" Nebenvertrages des Reichsgerichts reichlich unklar erscheint, denn für uns kann nach dem oben Gesagten ein Nebenvertrag niemals selbständig sein, sondern er muß immer einem Hauptvertrag untergeordnet sein und die Aufgabe haben, diesem zu dienen. Die Zusicherung allein kann niemals selbständig bestehen, denn wenn jemand einem anderen sagt, er wolle für alle Angaben, die er in Zukunft bei Kaufverträgen mache, die zwischen beiden abgeschlossen würden, haften und der andere ist damit einverstanden, so besteht damit eigentlich noch garnichts, obwohl rein äußerlich der Tatbestand einer vertragsmäßigen Zusicherung in unserem Sinne vorliegt. Erst wenn zwischen beiden ein Kaufvertrag abgeschlossen ist und damit feststeht, wofür jemand haften will, dann bekommt die Zusicherung Bedeutung.

Auch wir wollen also den Kaufvertrag und die Zusicherung nicht als zwei nebeneinander bestehende selbständige Verträge bezeichnen, sondern für uns ist die Zusicherung Bestandteil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, dessen zwei Teile der Kaufvertrag und die Zusicherung sind [73]). Diese wirtschaftliche Zusammengehörigkeit beider Verträge rechtfertigt sich aus dem oben Gesagten, denn „es wird nicht etwa garantiert, daß die Sache eine bestimmte Eigenschaft habe, gleichviel, ob sie verkauft ist oder nicht, sondern die Garantie wird nur deshalb übernommen, w e i l die Sache verkauft ist" [73]).

Wichtig ist diese wirtschaftliche Einheit beider Verträge für den § 139 BGB., dessen Anwendung nicht erfordert, daß die mehreren Teile ein Rechtsgeschäft von einheitlichem juristischen Typus bilden [74]). „Es genügt eine wirtschaftliche Einheit, sofern die Vermögensverschiebung als ein zusammenhängender Gesamtvorgang gewollt ist und als tatsächliche und geschichtliche Einheit aufgefaßt werden kann, mögen sich auch dessen einzelne Akte in verschiedenen rechtlichen Formen vollziehen", so sagt das Reichsgericht in einer Entscheidung [75]). Daraus ergibt sich, daß der Kaufvertrag und die Zusicherung als einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB. aufzufassen sind.

Bei Nichtigkeit des Kaufvertrages ist ja nach den obigen Ausführungen die Zusicherung von selbst bedeutungslos. Ist dagegen die Zusicherung nichtig, so braucht dasselbe daraus noch nicht für den Hauptvertrag, den Kauf, zu folgen, denn es besteht die Möglichkeit, daß die Parteien den Kaufvertrag auch ohne die Zusicherung abgeschlossen hätten, was jedoch beim Käufer wohl

---

[72]) RGZ. Bd. 52, S. 3; ebenso Bd. 56, S. 50. (Zusicherung wesentlicher Teil der Kaufberedungen).

[73]) Vgl. W e t z e l, Wesen der Zusicherung S. 31.

[74]) P l a n c k, Allgem. Teil. Anm. 1 zu § 139.

[75]) RGZ. Bd. 78, S. 43/44.

selten der Fall sein dürfte.

Von besonderer Wichtigkeit ist die eben erwähnte wirtschaftliche Zusammengehörigkeit zwischen Kaufvertrag und Zusicherung dann, wenn es sich um den Verkauf eines Grundstücks handelt, d. h. wo der Kaufvertrag gemäß § 313 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Man ist sich allgemein darüber einig, daß sich in diesem Falle das Formerfordernis des Hauptvertrages, des Kaufes, auch auf den Nebenvertrag, die Zusicherung, erstreckt [76]).

Mit sehr guten Gründen wird diese Ansicht in einem Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vertreten [77]), wo ausgeführt wird, daß die nach § 313 BGB. erforderliche Form nicht nur den Zweck habe, vor leichtsinnigen Vertragsabschlüssen zu schützen, sondern auch eine zweifelsfreie und vollständige Feststellung der Parteiabreden verbürgen wolle [78]). Die Folge hiervon sei, daß bei einem Grundstückskaufvertrag nur die formrichtig abgegebenen Parteierklärungen wirksam wären, während der Form ermangelnde Nebenbestimmungen der rechtlichen Wirksamkeit entbehren und zwar ohne Unterschied, ob sie dem Abschluß des Kaufvertrages zeitlich vorangegangen sind oder später vereinbart wurden. Das Erfordernis der Formrichtigkeit müsse sich auf alle Bestandteile des dem Formzwange unterworfenen Vertrages erstrecken.

Auch Wetzel gibt eine sehr gute Begründung für diese Ansicht [79]). Er zieht zum Vergleiche den § 518 I BGB. heran. Dort wird bestimmt, daß nur das Schenkungsversprechen nicht auch die Annahmeerklärung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, während es in § 313 BGB. heißt, der „Vertrag", durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der erwähnten Form. Hieraus folgert Wetzel nun — und das meines Erachtens mit gutem Recht —, daß alle mit dem Kaufvertrage eng zusammenhängenden Vereinbarungen, wie z. B. die wirtschaftlich zum Kaufvertrag gehörige Zusicherung, und nicht nur solche, die sich allein auf die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung beziehen, der Form des § 313 bedürfen, sodaß man den § 313 so verstehen muß, daß ein Vertrag der dort genannten Art seinem ganzen Inhalt nach formbedürftig ist.

Als einige der wenigen, die das Formerfordernis des § 313 BGB. nicht auf die Zusicherung erstrecken wollen, sind hier Schollmeyer [80])

---

76) Vgl. Oertmann, Schuldverh. I, Anm. 3 zu § 313; Schuldverh. II, Anm. 5a zu § 459; Staudinger, Schuldverh. II, Anm. IV,3 zu § 459; Warneyer, Bd. I, Anm. II zu § 313; Planck, Allgem. Teil, 3. Aufl., Anm. 5 zu § 125; Staub, H.G.B., Bd. III Anm. 27 zu § 350; Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. IV, Anm. 5 zu § 350.

77) Rechtspr. d. OLG., hrsgg. v. Mugdan u. Falkmann, Bd. IV, S. 207; vgl. auch die Entscheidung des OLG. Königsberg a. a. O.

78) Es wird dabei verwiesen auf die Ausführungen in der Denkschrift S. 72.

79) Wetzel, Wesen der Zusicherung S. 33.

80) Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung, Iherings Jahrb. Bd. 49, S. 99.

und Dernburg[81]) zu erwähnen. Schollmeyer stützt sich darauf, daß beim Spezieskauf die Zusicherung einer Eigenschaft nicht die Verpflichtung begründet, die Kaufsache mit der zugesicherten Eigenschaft zu verschaffen, daß also hier Zusicherung und Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums getrennt werden müssen. Diese Ueberlegung ist zwar als richtig anzuerkennen, aber nicht dazu imstande, die Ansicht Schollmeyers zu begründen, daß die Zusicherung nicht der Form des Hauptvertrages bedürfe, denn sie würde schon beim Gattungskauf nicht mehr als Argumentation für seine Meinung dienen können, da hier Zusicherung und Eigentumsverschaffungspflicht auf das engste zusammenhängen[82]), und in diesem Falle auch Schollmeyer dazu gelangen müßte, das Formerfordernis auch für die Zusicherung zu bejahen. Im übrigen ist seine Ansicht bereits im vorhergehenden Abschnitt eingehend widerlegt.

Dernburg behauptet, daß Treu und Glauben es erfordern, daß die neben dem formgerechten Vertrage mündlich gemachten Zusicherungen berücksichtigt werden. Demgegenüber sagt aber das Reichsgericht mit Recht[83]), daß den Formvorschriften gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagen müsse, weil sonst die Formvorschriften bedeutungslos sein würden. — Gemäß § 313 Satz 2 BGB. kann jedoch ein ohne die Beobachtung der erforderlichen Form abgeschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig werden, wenn auf Grund des formlosen Vertrages Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgt sind. Damit werden auch alle Nebenbestimmungen gültig, wenn ihre vorherige Nichtigkeit nur auf dem Mangel der Form beruhte[84]), sodaß in einem solchen Falle auch die formlose Zusicherung Bedeutung erhält. Allerdings würde dann der in der Denkschrift (S. 72) zum Ausdruck gebrachte Zweck, den der § 313 BGB. ebenfalls erzielen soll, eine zweifelsfreie und vollständige Feststellung der Parteiabreden zu verbürgen, nicht erreicht werden[85]).

Im übrigen richtet sich die Gültigkeit einer neben dem formgerecht abgeschlossenen Grundstückskaufvertrage ohne die erforderliche Form gemachten Zusicherung ganz nach dem § 139 BGB. im Sinne der oben gemachten Ausführungen[86]).

Es ist nun auch häufig die Forderung aufgestellt worden, daß die Zusicherung für den Käufer zum Abschluß des Kaufvertrages oder wenigstens zum Abschluß zu einem gewissen Preise bestimmend gewesen sein müsse, wenn ihr eine Bedeutung für die Haftungspflicht des Verkäufers zukommen soll. Es soll überhaupt keine Zusicherung vorliegen, wenn der Verkäufer nach-

81) Dernburg, Bd. 2, Abt. 2, S. 51, Nr. III.
82) Vgl. unten § 9.
83) RGZ. Bd. 52, S. 5.
84) Vgl. Enneccerus, Schuldverh. § 252, 3 b, Anm. 17; Warneyer, Bd. I, Anm. VIII zu § 313.
85) Vgl. Wetzel, Wesen der Zusicherung, S. 34.
86) Siehe oben S. 20 ff.

weisen kann, daß der Käufer beim Abschluß des Kaufvertrages keinerlei Wert auf die Zusicherung gelegt habe.

Wie sich aus der vorhergehenden Darstellung ergibt, ist wohl zu fordern, daß zur Erfüllung des Tatbestandes des § 463 BGB. eine vertragliche Zusicherung vorliegen muß, daß also die Annahme der Zusicherungserklärung durch den Käufer in irgend einer Form geschehen muß, aber der Beweis, daß der Käufer auf den Zusicherungsvertrag keinen besonderen Wert gelegt habe, entbindet den Verkäufer nicht von seiner einmal übernommenen Haftungspflicht [87]).

Auch das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt für diese Forderung. Das Reichsgericht will in einer Entscheidung, in der die Kausalität der Zusicherung für den Kaufabschluß gefordert wird [88]), seine Ansicht darauf stützen, daß die Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums erfordere, daß der Irrtum für die Abgabe der Willenserklärung von Einfluß gewesen ist. Darauf ist zu erwidern, daß diese Kausalität in § 119 I BGB. ausdrücklich verlangt wird, während im § 463 BGB. eine Bestimmung dieser Art nicht vorhanden ist. Wetzel weist darauf hin, daß dieser Unterschied auch zwischen der Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. und der Haftpflicht des Verkäufers beim arglistigen Verschweigen eines Fehlers nach § 463 II BGB. besteht [89]).

Außerdem wollen m. E. diejenigen, die für eine Kausalität der Zusicherung für den Abschluß des Kaufvertrages eintreten, im Grunde genommen garnicht die Kausalität der „Zusicherung“ fordern, sondern sie halten zwei verschiedene Dinge nicht auseinander. Das geht besonders deutlich aus folgenden Ausführungen Staub's hervor [90]): „Die Zusicherung muß für den Abschluß bestimmend gewesen sein; denn der Käufer muß in erkennbarer Weise seinen Willen zu kaufen von dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft abhängig gemacht haben“. Die mit „denn“ beginnenden Worte sollen doch die Begründung für den Vordersatz darstellen. Tatsächlich ist es aber so, daß in den Ausführungen von Staub Vorder- und Nachsatz von verschiedenen Dingen handeln, denn zuerst ist die Rede von der Zusicherung, d. h. dem Einstehen-wollen, der Haftungsübernahme des Verkäufers, im zweiten Falle aber von dem tatsächlichen Vorhandensein der vom Käufer infolge der Angaben des Verkäufers vorausgesetzten Eigenschaften. Jedes von diesen beiden Momenten kann für den Käufer Veranlassungn sein, den Kauf abzuschließen.

Diesen Unterschied scheint auch Wetzel nicht erkannt zu haben, obwohl er, wie oben erwähnt, sich gegen das Erfordernis der Kausalität aus-

---

87) Wetzel, Wesen der Zusicherung S. 36; Eccius bei Gruch. Bd. 43, S. 312
88) RGZ. in Z. Bl. F. G. Bd. 4, S. 258.
89) Vgl. hierzu Staub, HGB. Anm. 155 zu § 377.
90) Staub, HGB. Anm. 41 zu § 377.

spricht, denn er führt aus[91]), daß ihn auch die Ansicht Wolff's[92]), der sich seiner Meinung nach für die Kausalität ausspricht, nicht überzeugen könne, wenn dieser davon ausgehe, „daß die Gewährleistungsansprüche gegeben werden, weil die vorausgesetzte Beschaffenheit der Tatsache ein Motiv des Käufers gewesen ist, die Sache zu kaufen". Mit diesen Ausführungen Wolff's soll m. E. lediglich gesagt werden, daß zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch den Käufer kein Verschulden des Verkäufers erforderlich sei. Es soll damit eine Begründung für die Gewährleistungsansprüche überhaupt gegeben werden, die in der enttäuschten Erwartung des Käufers besteht, der nach den ernsthaft gemachten Angaben des Verkäufers zu urteilen, das Vorhandensein gewisser Eigenschaften der Kaufsache voraussetzen konnte. Insofern muß also ein gewisser Kausalzusammenhang zwischen den vorausgesetzten Eigenschaften und dem Kaufabschluß vorhanden sein.

Wenn z. B. der Verkäufer eines Kleinautos die Zusage abgibt, man könne damit auf ebenem Gelände unbedingt eine Höchstgeschwindigkeit von 90 km in der Stunde erreichen und der Käufer ihm beim Kaufabschluß bedeutet, daß er gerade darauf den Hauptwert lege, so ist dieser Kausalzusammenhang vorhanden. Hat der Verkäufer auch dabei erklärt, er wolle das Auto noch mit einem neuen Verdeck versehen lassen und hat der Käufer entgegnet, darauf komme es ihm nicht so sehr an, er wolle es doch nur bei schönem Wetter benutzen, sodaß der Verkäufer die Erneuerung des Verdecks unterläßt, so fehlt dieser Kausalzusammenhang und der Käufer kann in diesem Falle keine Gewährleistungsansprüche geltend machen.

Denn in dem ersten Falle, wo der Käufer sagt, er lege großen Wert auf die vom Verkäufer zugesagte Eigenschaft, würde er beim Nichtvorhandensein der Eigenschaft in seiner berechtigten Erwartung getäuscht werden, nach dem oben Gesagten ein Grund[93]), Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Im zweiten Falle jedoch liegt keine Zusage einer Eigenschaft vor, denn die Angabe des Verkäufers, daß der Wagen zur Zeit der Uebergabe mit einem neuen Verdeck versehen sein soll, kann nicht als Zusage im Sinne des § 459 II BGB. angesehen werden, da der Käufer nach seinen Aeußerungen auf ein neues Verdeck gar keinen Wert legt, danach auch garnicht erwarten kann, daß der Verkäufer das Verdeck trotzdem erneuere, er also in keiner berechtigten Erwartung getäuscht ist. In den Worten des Verkäufers ist also in diesem Falle gemäß dem oben darüber Gesagten keine Zusage zu erblicken, da den Angaben des Verkäufers infolge der Antwort des Käufers jegliche Grundlage, sie als den Käufer zu einer bestimmten Erwartung berechtigende Zusage anzusehen, entzogen ist. Insofern kann man bei der bloßen Zusage wohl eine Kausalität zwischen Zusage und Kaufabschluß fordern.

Ganz anders verhält es sich aber bei der vertragsmäßigen Zusicherung.

---

91) Wetzel, Wesen der Zusicherung S. 36 f.
92) Wolff, Iherings Jahrb. Bd. 56, S. 31.
93) Vgl. oben § 5,1, besonders S. 8.

Während die Zusage durch einseitige Erklärung des Verkäufers zustande kommen kann, muß bei der Zusicherung der Käufer in irgend einer Form seine Annahme erklärt haben oder man muß seine Annahmebereitschaft aus irgend einem Umstand ersehen können. Der Verkäufer haftet in diesem Falle, weil er sich vertraglich dazu verpflichtet hat, gleichgültig, ob der Käufer auf diese Haftungsübernahme beim Kaufabschluß Wert gelegt hat oder nicht. Bedingung ist jedoch, wie gesagt, das Zustandekommen eines Vertrages über die Haftung des Verkäufers.

Aendern wir das oben gebrauchte Beispiel dahin ab, daß der Verkäufer versichert hat, er wolle das Verdeck des Wagens noch erneuern lassen, sodaß es mindestens drei Jahre lang ohne neue Reparatur vorhalte, wofür er auch haften wolle, so liegt eine Zusicherung im Sinne des § 463 BGB. bestimmt dann vor, wenn der Verkäufer darauf geantwortet hat: „Es ist gut". Sie liegt aber auch dann vor, wenn er sich bei diesen, seine Annahmeerklärung enthaltenden Worten gedacht hat: Darauf kommt es mir ja garnicht an, ich will ja den Wagen doch nur bei gutem Wetter benutzen. Eine Zusicherung liegt m. E. sogar dann vor, wenn er zu seiner Annahmeerklärung die eben nur als gedacht angenommenen Worte noch laut hinzusetzt, denn in jedem Falle liegt eine Annahmeerklärung seinerseits vor und der durch sie zustande gekommene Zusicherungsvertrag allein schafft die Grundlage der Haftungspflicht des Verkäufers ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer den Kauf nur wegen der Zusicherung abgeschlossen hat oder nicht.

Das Erfordernis der Kausalität ist also nicht für die Zusicherung, sondern nur für die Zusage aufzustellen. —

Nun scheint gegen unsere Auffassung starkes Bedenken zu sprechen: Das Gesetz verwendet sowohl im § 459 II BGB. als auch im § 463 BGB denselben Ausdruck „zugesicherte Eigenschaft", woraus die herrschende Lehre schließen will, daß man keinen Unterschied zwischen beiden Ausdrücken machen könne. In der Tat scheint dies Argument im ersten Augenblick zu überzeugen. aber es bestehen doch stärkere Gegengründe, die diesen Schluß nicht als richtig erscheinen lassen. So knüpft das Gesetz an diesen Begriff einmal nur Wandlungs- oder Minderungsansprüche (§§ 459 II, 462 BGB.), im anderen Falle gewährt es jedoch einen Schadensersatzanspruch (§ 463 BGB.)[94]). Außerdem wird die Haftung in § 459 BGB. auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bezogen, in § 463 BGB. jedoch auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, wodurch die Einheitlichkeit des Ausdrucks schon geschwächt wird, wie L e o n h a r d sagt[95]), während die herrschende Meinung gerade diesen Unterschied als entscheidend ansehen will und nur hierin den Gegensatz zwischen den §§ 459 BGB. und 463 BGB. liegen soll. Angenommen, es verkauft jemand einen Glasballon unter der vertragsmäßigen Zusicherung, daß dieser unbeschädigt ist, dann soll im Falle des Nichtzutref-

94) Vgl. hierzu die Ausführungen bei L e o n h a r d Schuldrecht II, S. 54.
95) a. a. O.

fens der Schadensersatzanspruch des Käufers davon abhängen, ob die Beschädigung bereits bestand, als der Vertrag abgeschlossen wurde oder ob sie erst zwischen dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der Uebergabe eingetreten ist. Nun muß zwar der Verkäufer ebenso darauf achten, daß er eine Zusicherung, die er beim Vertragsabschluß abgibt, auch erfüllen kann, genau so, wie er dafür Sorge zu tragen hat, daß diese Erfüllung nicht nachträglich unmöglich wird. Eine große Benachteiligung würde es für den Käufer bedeuten, wenn ihm auf diese Weise sein Ersatzanspruch verloren gehen würde. Also darauf, daß ein zeitlicher Unterschied zwischen beiden Bestimmungen besteht, kann der Unterschied nicht allein zurückgeführt werden, was besonders deutlich wird, wenn man an Zusicherungen denkt, die sich auf ein zukünftiges Ereignis beziehen, daß also etwas erst eintreten soll, was zur Zeit des Vertragsabschlusses noch garnicht vorhanden sein kann.

Was die Gegner unserer Ansicht aber auch immer vorbringen mögen, sie entspricht der Billigkeit [96]), der Auffassung des Verkehrs [97]) und der geschichtlichen Entwicklung [98]). Also: Unterscheidung der Zusicherung im Sinne des § 459 II BGB. und derjenigen im Sinne des § 463 BGB. Jene soll, wie es oben auch bisher immer geschehen ist, „Zusage" genannt werden und braucht nur in einer Mitteilung über eine Eigenschaft der Kaufsache zu bestehen, die geeignet ist, bei dem Käufer berechtigte Erwartungen hervorzurufen, die andere soll eine Verpflichtung des Verkäufers zum Schadensersatz enthalten und soll „Zusicherung" heißen.

Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß bei der vertraglichen Zusicherung auch die Rechtsmittel der §§ 459 II, 462 BGB. Platz greifen können, denn das ergibt sich ja auf dem Wege der Auslegung von selbst durch das argumentum a majore ad minus, denn wenn hier eine bloße Zusage schon genügt, dann muß es eine vertraglich abgegebene Zusicherung erst recht tun.

§ 6. Rechtfertigung dieser Unterscheidung durch die geschichtliche Entwicklung.

1. Römisches Recht.

Für diese Unterscheidung sprechen nun auch starke Gründe in der geschichtlichen Entwicklung.

Wir wollen dabei mit dem römischen Recht beginnen. Die älteste Form des Kaufs im römischen Recht ist die mancipatio. Hier wurde dem Käufer keine Garantie für die Beschaffenheit der Ware geleistet [99]). Allerdings wollen einige in dem bekannten Zwölftafelsatz.

---

[96]) Siehe oben S. 5 ff.
[97]) Siehe unten S. 33.
[98]) Siehe unten S. 26 ff.
[99]) Vgl. Leonhard, Haftung, S. 6; Bechmann, Kauf I S. 60 ff.

„Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto“ einen Beweis dafür sehen, daß der Verkäufer für jegliche Zusage beim Kaufabschluß auf Schadensersatz gehaftet habe. Daß dies jedoch nicht zutrifft, beweist die Existenz der actio auctoritatis und der actio de modo agri, woraus hervorgeht, daß dem Verkäufer nur für gewisse Behauptungen über die Kaufsache eine Haftung auferlegt wurde, während er sich im übrigen durch seine Angaben keinesfalls verpflichtete, es sei denn, daß er ein besonderes Formalversprechen (Stipulation) abgegeben hatte, sodaß er mit der actio ex stipulatu belangt werden konnte.

Nach der Umwandlung des Kaufes zum Konsensualvertrage mußte die oben bezeichnete Strenge jedoch bald den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs weichen. Es wurde häufig der Zusatz „ex bona fide“ in den Vertrag aufgenommen, und jeder Käufer, der einen Mangel verschwieg oder eine falsche Behauptung über die Kaufsache aufstellte, haftete wegen Verletzung der bona fides. Und daraus ergibt sich die Haftung des Verkäufers, dagegen nicht schon daraus, daß dieser eine formlose Zusage (dictum) abgegeben hatte. Nur dann trat diese Haftung ein, wenn die Zusage betrügerisch abgegeben war. Haftungsgrund war aber nicht die Zusage selbst, sondern die Verletzung der bona fides, die Arglist, das betrügerische Verhalten des Verkäufers [100]).

Erst die Aedilen waren es, die hier eine Aenderung brachten und eine Haftung des Verkäufers für alle Zusagen (dicta vel promissa), gleichgültig ob vertragliche oder formlose, schufen, jedoch nur, soweit sie konkret gefaßt waren, d. h. soweit sie über bloße Anpreisungen (nuda laus) [100]) hinausgehen [101]).

Die Aedilen hatten im alten Rom das Amt der Marktpolizei inne. Sie hatten ein weitgehendes Aufsichtsrecht über die Händler, die hier ihre Waren verkauften. Sie erkannten, daß der Käufer nach der bisherigen Regelung leicht übervorteilt werden konnte, denn wenn der Verkäufer verdorbene oder mit Mängeln behaftete Ware verkaufte, so haftete er gemäß dem oben Gesagten mit der actio empti oder mit der actio ex stipulatu nur dann, wenn er eine besondere Verpflichtung dazu übernommen hatte oder wenn er dolos handelte. Um diese Unbilligkeiten zu vermeiden, besonders da die Händler sowieso meist gerissener waren als die Käufer, erließen die kurulischen Aedilen für den Markthandel besondere Bestimmungen, die sogen. aedilizischen Edikte. Es wurde nunmehr den Verkäufern die Pflicht auferlegt, Fehler und Mängel ihrer Waren dem Käufer anzuzeigen und gegebenenfalls für Mängel zu haften und zwar auf Wandlung oder Minderung, nicht dagegen auf Schadensersatz. Aber auch für solche Fehler mußte der Verkäufer jetzt einstehen, die er zwar selbst nicht kannte, die er aber hätte kennen und anzeigen müssen [102]) [103]).

---

100) Vgl. l. 19 D. 21,1, Sciendum tamen . . . .
101) Vgl. H a y m a n n , Reichsgerichtspraxis Bd. 3, S. 330.

Zwar waren diese Bestimmungen des aedilizischen Edikts zunächst hauptsächlich für den Verkauf von Sklaven und Zugvieh gedacht, jedoch währte diese Beschränkung nur kurze Zeit, schon bald erstreckten sie sich auch auf andere Sachen, bestimmt ist dies der Fall nach Justianischem Recht [104]).

Haftung trat also jetzt ein für ernstliche Zusagen jeglicher Art, dabei konnten natürlich auch noch Versprechen in Stipulationsform abgegeben werden, die es dann ermöglichten, mit der oben genannten actio ex stipulatu das Interesse an dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft zu fordern. Wenn nun auch die Quellen immer noch von dicta und promissa sprechen, so mag darin das Ueberbleibsel einer sprachlichen, früher vielleicht auch einmal bedeutsam gewesenen Unterscheidung liegen, es steht jedoch fest, daß beide im aedilizischen Edikt gleichmäßig behandelt werden, und zwar werden beide Ausdrücke, sowohl das dictum als auch das vieldeutige promissum einmal als Bezeichnung für das formlose Versprechen gebraucht, das letztere kann aber auch die Bedeutung eines Formalversprechens haben. Für die Richtigkeit dieser Auffassung, besonders aber für die Vieldeutigkeit des Ausdrucks promissum spricht sehr deutlich l. 19 § 2 D 21, 1, denn dort wird einmal das promissum dem dictum gleichgesetzt, weiterhin aber auch gesagt, daß das promissum auch ein feierliches Versprechen bedeuten kann und damit auf die Stipulation verwiesen. Es empfiehlt sich daher, dem Ausdruck promissum nicht zuviel Wert beizumessen und vor allen Dingen ihn in den Quellen nicht immer als Bezeichnung für das Formalversprechen anzusehen [105]).

Genau so wie die Form der Zusage nach dem aedilizischen Edikt unerheblich war, so auch die Zeit ihrer Abgabe, denn die konnte gemäß l. 19 § 6 und l. 20 D.21,1 sowohl vor als auch nach dem Vertragsschlusse erfolgen [106]). Jedenfalls war der Verkäufer nach dem aedilizischen Edikt für das Fehlen jedes dictum mit der Minderungs- (actio quanti minoris) oder mit der Wandlungsklage (actio redhibitoria) zu belangen; um weitere Ansprüche geltend zu machen, dafür war die Stipulation die notwendige Voraussetzung.

Außerdem wollen manche dem Käufer noch ein Recht geben, mit der actio empti den Verkäufer auf Schadensersatz zu belangen, selbst wenn dieser nur eine nichtvertragliche Zusage über eine Eigenschaft der Kaufsache abgegeben hat. Diese Ansicht läßt sich aber nicht halten, da zu Ciceros Zeit ein formloses Versprechen keine Haftung des Verkäufers hervorrief, in das spätere Recht aber auch eine solche Vorschrift nicht eingeführt ist, da davon sicher in den Quellen etwas zu finden wäre. Nicht das dictum gab den

102) Vgl. auch die Gründe für die Entstehung des aedilizischen Edikts bei Leonhard, Haftung S. 55 ff.
103) Vgl. unten S. 34 (Verschulden beim Vertragsschlusse).
104) Vgl. l. 1 pr. D. 21,1: Labeo scribit . . . .
105) Vgl. dazu Leonhard, Haftung, S. 28 u. l. 1 § 1 D 21, 1.
106) Vgl. Leonhard, Haftung, S. 6.

Grund für die Verpflichtung ab, sondern wie schon oben gesagt, entspringt dann die Haftung einem schuldhaften Verhalten des Verkäufers [107]) [108]).

Somit kann sich die von uns gegebene Auslegung des BGB. durchaus auf die Gestaltung des römischen Rechts stützen.

2. Gemeines Recht.

Dem römischen Recht entsprechend gibt auch das gemeine Recht dem Käufer einen Schadensersatzanspruch beim Nichtvorhandensein einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaft oder beim Vorhandensein eines arglistig verschwiegenen Mangels. Beim Nichtvorhandensein einer formlos zugesagten Eigenschaft steht dem Käufer ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung zu. Dieser Anspruch ist neben dem auf Schadensersatz auch bei einer ausdrücklichen Zusicherung gegeben [109]).

Nun begegnet man im gemeinen Recht aber teilweise der Auffassung, daß die angegebenen und die versprochenen Eigenschaften gleichgestellt seien und daß derjenige, der eine Eigenschaft nur zugesagt habe, in gleicher Weise zu behandeln sei wie derjenige, der das Vorhandensein einer solchen versprochen habe. Das beruht einmal auf der oben schon erwähnten aber falschen Auffassung, daß im römischen Recht schon für bloße dicta auf Schadensersatz gehaftet werde [110]), ferner darauf, daß man dem Ausdruck „promissum" zu viel Bedeutung beimaß. Man meinte nämlich, ein promissum sei dasselbe wie ein Formalversprechen (Stipulation im römischen Recht), was aber durchaus nicht zutrifft [111]). Man darf also im gemeinen Recht das dictum nicht dem promissum gegenüberstellen, sondern man muß, wenn man einen Unterschied entsprechend dem zwischen der heutigen Zusage und heutiger Zusicherung machen will [112]), auf der einen Seite die Zusage und auf der anderen das formelle Versprechen nennen.

Obwohl das alte deutsche Privatrecht auf die Gestaltung der Regeln über die Gewährleistung für Sachmängel fast gar keinen Einfluß ausgeübt hat, sondern die heute geltenden Bestimmungen im wesentlichen auf römisch-rechtlicher Grundlage beruhen, soll hier doch der Vollständigkeit halber auf die deutsch-rechtlichen Lehren über die Zusicherungen beim Kauf eingegangen werden.

107) Aus dem Bericht Ciceros (De officiis libr. III c. 16) ac de jure quidem . . . . mit dem Schluß: quidquid enim esset in praedio vitii, it statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatum dictum esset, praestari opportere geht hervor, daß die Haftung hier eintrat wegen des Verschweigens, also wegen eines schuldhaften Verhalten des Verkäufers. Vgl. auch Leonhard, Haftung, S. 7 ff. und S. 25.

108) Leonhard a. a. O. S. 24 ff.

109) Vgl. Windscheid, Pandekten, S. 684 ff.

110) Vgl. oben S. 28 und Crome, System, S. 444.

111) Vgl. oben S. 28.

112) Im Sinne der oben S. 26 geäußerten Ansicht.

Danach konnte der Käufer eine Sache, die nicht die bedungenen oder vorausgesetzten Eigenschaften hatte, die also mangelhaft war, zurückweisen. Hatte er die Sache jedoch gesehen und in seine Gewere genommen, so konnte er sie nicht mehr bemängeln. Es galten die Sätze: „Augen auf, Kauf ist Kauf" oder „Wer die Augen nicht auftut, tue den Beutel auf". Der Käufer sollte sich also die Sache, die er kaufen wollte, vorher erst genau ansehen. Dementsprechend sagt eine Bestimmung des norwegischen Stadtrechts, daß der Käufer den Kauf rückgängig machen könne, wenn er die Sache in der Dunkelheit gekauft habe und diese sich bei Licht als mangelhaft erweist [113]).

Hatte dagegen der Verkäufer einen wesentlichen Mangel der Kaufsache verschwiegen, so haftete er dem Käufer dafür, „denn für dolus muß man überall einstehen" [114]).

3. Preußisches Recht.

Sehen wir uns nun die übrigen vor 1900 in Deutschland geltenden Rechte daraufhin an, ob sich darin nicht Regeln finden lassen, die mit der oben vertretenen Ansicht übereinstimmen.

Im allgemeinen Landrecht Preußens finden wir allerdings in § 325,I,5 nur eine Haftung für ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften und zwar heißt es im § 319 desselben Titels „im Kontrakt ausdrücklich vorbedungen". Daraus scheint also hervorzugehen, daß das ALR. nur eine Haftung bei vertraglichen Zusicherungen gewährte. Demgegenüber ist aber zu bedenken, daß das ALR. in dem eben angeführten § 319 dem Verkäufer die Haftung für „gewöhnlich vorausgesetzte" Eigenschaften auferlegt. Danach scheint es, als ob er nur hafte, wenn eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft fehlt, dagegen nicht, wenn er sonstige Eigenschaften zusagt, wenn er sich nur nicht auf ein vertragliches „Ausbedingen" mit dem Käufer einläßt, z u s a g e n kann er soviel er will. Aber das ist schwer annehmbar. Man scheint für die ausbedungenen Eigenschaften nicht immer die ausdrückliche Vertragsform erfordert zu haben. Denn bei F ö r s t e r - E c c i u s wird bloßes Anpreisen in Gegensatz gestellt zum Ausbedingen [115]). Das wäre aber nicht nötig, wenn ausbedingen dasselbe wäre wie vertraglich zusichern, denn daß zwischen vertraglicher Zusicherung und bloßem Anpreisen ein Unterschied besteht, ist sebstverständlich, man kann das Anpreisen nur in Gegensatz stellen zum Zusagen. Also scheint man es bei der Auslegung des ALR. so gehandhabt zu haben, daß das Erfordernis der Zusicherung durch Vertrag nicht immer streng durchgeführt wurde.

So sagt denn auch D e r n b u r g , daß als ausdrücklich vorbedungen nicht nur die Zusicherungen sondern auch die Zusagen anzusehen sind, denn

113) Vgl. O. v. G i e r k e , Schuldrecht (Dtsch. Priv. R. Bd. 3), S. 467.
114) Vgl. H e y s e - C r o p p , Bd. 1, S. 186.
115) Vgl. F ö r s t e r - E c c i u s , Preuß. Priv. R., Bd. 1, S. 504.

der Käufer dürfe sich auf solche Erklärungen, wie die Zusagen sie darstellen, verlassen [116]).

Daneben besteht noch für den Käufer die Möglichkeit, den Verkäufer wegen Betruges haften zu lassen, wenn dessen Angaben über die Kaufsache eine arglistige Täuschung darstellen [117]). Und zwar haftet der Verkäufer auf das Erfüllungsinteresse [118]).

So gibt also das Preuß. Recht dem Käufer bei Verschulden des Verkäufers (wenn dieser absichtlich Mängel der Kaufsache verschwiegen oder falsche Angaben über deren Beschaffenheit gemacht hatte) eine Kontraktsklage auf Schadensersatz und außerdem ohne Rücksicht auf Verschulden des Verkäufers die aedilizischen Klagen [119]). Dazu kommt noch die oben bereits erwähnte Schadensersatzklage wegen arglistiger Täuschung.

4. Oesterreichisches Recht.

Nach dem österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch tritt außer der Haftung des Verkäufers für ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften eine solche auch dann ein, wenn dieser beim Kaufabschluß fälschlich angegeben hat, die Sache sei zu einem bestimmten Gebrauch tauglich. Und zwar haftet der Verkäufer in beiden Fällen wegen Nichterfüllung [120]).

5. Entgegenstehend nur französisches und sächsisches Recht.

Nach dem Code Zivil und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für Sachsen von 1863 besteht nur eine Haftung des Verkäufers für ausdrückliche Zusicherungen. Wird der Käufer jedoch durch eine nichtvertragliche Zusage getäuscht, so steht ihm nach beiden Rechten ein Schadensersatzanspruch zu, der allerdings nicht auf das positive Interesse geht [121]).

So sehen wir, daß nach den meisten Rechten, die vor 1900 in Deutschland galten, schon die bloße Zusage einer Eigenschaft erheblich war und eine Haftung erzeugte, nur das französische und sächsische Recht bildeten eine Ausnahme. Dadurch erhält unsere Auslegung des heutigen Rechts eine wesentliche Unterstützung.

6. Rechtfertigung durch die Entstehungsgeschichte des BGB. selbst.

In der Entstehungsgeschichte des BGB. findet sich nirgends der Gedanke, daß man von der bisherigen Regelung abweichen und die Zusage für

---

116) Vgl. Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Priv. R. Bd. 2 S. 376; ebenso Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preuß. Rechte, Bd. 2, S. 474.
117) Pr. ALR. I,5, §§ 349, 350, 351.
118) Pr. ALR. I,5, §§ 286, 287.
119) Vgl. Dernburg, a. a. O., S. 379.
120) Vgl. Markiewitz, S. 38.
121) Vgl. die Angaben bei Markiewitz, S. 37.

bedeutungslos erklären wollte, im Gegenteil, aus den Verhandlungen der zweiten Kommission ergibt sich deutlich, daß man nicht nur im Sinne des § 459 sondern auch im Sinne des § 463 der bloßen Zusage ihrer Bedeutung nicht absprechen wollte [122]).

Ueber die Verhandlungen der zweiten Kommission wird in den Protokollen folgendes ausgeführt [123]):

Es war der Antrag gestellt, den jetzigen § 463 ungefähr in seiner jetzigen Fassung zu genehmigen. Demgegenüber bestand der Unterantrag, den Schadensersatzanspruch nur dann zu gewähren, wenn das Vorhandensein einer Eigenschaft oder das Nichtvorhandensein eines Mangels wider besseres Wissen zugesichert worden ist.

Zur Begründung dieses Antrages wurde geltend gemacht: „Es sei nicht richtig, jede Zusicherung einer Eigenschaft als ein Garantieversprechen anzusehen und wegen des Mangels der Eigenschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu gewähren. Der Verkäufer, welcher das Vorhandensein einer Eigenschaft zusichere, wolle diese damit nur als eine im Sinne des Vertrages erhebliche Eigenschaft kennzeichnen und sie denjenigen gleichstellen, wegen deren er zur gesetzlichen Haftung auf Gewährleistung verpflichtet sei. Eine solche Zusicherung habe häufig nur den Zweck, die gesetzliche Haftung, von deren Eintritt und Umfang die Vertragschließenden nicht immer genau Kenntnis hätten, außer Zweifel zu stellen. Der Verkäufer wolle sich damit dem Rechte des Käufers auf Wandlung und Minderung vertragsmäßig unterwerfen, keineswegs aber für den Fall des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft für vollständige Entschädigung einstehen. Der Entwurf (ungefähr der jetzigen Fassung entsprechend) komme, indem er zwischen Zusicherung und Garantieversprechen nicht unterscheide, zu einer unbilligen Behandlung des Verkäufers und zu einer das Ziel überschießenden Begünstigung des Käufers da, wo dieser des Schutzes nicht bedürftig sei. Der Antrag suche diese Härten zu vermeiden. Die Schwierigkeiten der Unterscheidung seien keine unüberwindlichen. Die Garantieübernahme werde regelmäßig mit ausdrücklichen Worten erklärt, im Zweifel spreche die Vermutung für die mindere Haftpflicht des Verkäufers. Nur wenn der Verkäufer wider besseres Wissen zusichere oder arglistig einen ihm bekannten Mangel verschweige, müsse seine volle Verantwortung eintreten.

Die Mehrheit dagegen war der Meinung, daß die im Antrage vorgeschlagene Regelung nicht durchführbar sei, ein unpraktikables Recht schaffe und die Zahl der Prozesse vermehren werde, da es häufig streitig werden und zweifelhaft sein würde, ob eine einfache oder eine qualifizierte Zusicherung vorliege. Der Auffassung des Verkehrs wie den Grundsätzen von Treu und Glauben entspreche es, daß, wer eine Zusicherung erteile, auch uneingeschränkt

---

122) Vgl. Wolff in Iherings Jahrb. Bd. 56, S. 46.
123) Vgl. Protokolle, S. 1377 bis 1381.

dafür einstehen müsse, und jedenfalls sei im Zweifelsfalle die weitergehende Haftung des Versprechenden anzunehmen".

Man fürchtete also, daß die Unterscheidung von Zusagen und Zusicherungen zu häufigen Komplikationen führen könne und lehnte sie deshalb ab. Man stellte sich jedoch auf den Standpunkt, daß schon jedes dictum genüge, um einen Schadensersatzanspruch nach § 463 zu begründen. Dies ist unhaltbar, denn, wie Haymann[124]) ganz richtig sagt, ist das Argument, daß der leichtsinnig Dahinredende nicht besser sei als arglistig Verhehlende nicht recht einleuchtend. Das umsomehr, da ja eine unrichtige Zusage nicht immer einem Verschulden des Verkäufers zu entspringen braucht.

Aus dieser Ansicht der Mehrheit der zweiten Kommission ist nun aber durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts das direkte Gegenteil geworden, denn sie versagt der bloßen Zusage jede rechtliche Bedeutung. Und das ist, wie aus dem obigen erhellt, ganz sicher nicht der Wille der Gesetzesverfasser gewesen. Wenn nun auch die Mehrheit von ihnen die Unterscheidung zwischen Zusagen und Zusicherungen abgelehnt hat, so steht doch als wesentlicher Faktor für unsere Ansicht fest, daß sie auf einem anderen Wege zu einem ähnlichen Ergebnis kommen wollten.

Unsere Auffassung entspricht somit mehr dem Willen der Mehrheit in der zweiten Kommission als die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Und so kann wohl mit Recht behauptet werden, daß die Unterscheidung von Zusagen und Zusicherungen und vor allem die Anerkennung der Bedeutung der bloßen Zusage in der Geschichte und besonders in der Vorgeschichte des BGB. eine wesentliche Unterstützung findet.

§ 7. Weitere Rechtfertigung durch die Verkehrsauffassung.

Daß sich diese Ansicht auch mit der heutigen Verkehrsauffassung deckt, ist schon oben des öfteren hervorgehoben worden. Keinem Laien würde es einfallen, der Ansicht zu sein, daß der Verkäufer alles sagen darf, der Kaufsache Eigenschaften zulegen kann, kurz, daß ihm alles erlaubt sei, um den Käufer zum Vertragsabschluß zu bewegen, wenn er sich nur davor hütet, die Garantie für seine Angaben zu übernehmen. Und ganz unmöglich ist es schon für einen Juristen, der weiß, daß unser heutiges Rechtssystem auf den Grundsätzen von Treu und Glauben beruht, der bloßen, nicht vertragsmäßigen Zusage jegliche Bedeutung für unseren Rechtsverkehr abzusprechen.

Billigkeit, Geschichte und Verkehrsauffassung zwingen uns also dazu, die Bedeutung der bloßen Zusage nach § 459 II BGB. anzuerkennen und sie von der Zusicherung nach § 463 BGB. zu unterscheiden.

---

124) Vgl. Haymann, Reichsgerichtspraxis, Bd. 3. S. 334.

§ 8. Es läßt sich danach auch der Analogieschluß aus § 463 II BGB. rechtfertigen.

Die hier vertretene Ansicht macht es nun auch möglich, den Analogieschluß des Reichsgerichts anzuwenden. Jedes arglistige Vorspiegeln einer Eigenschaft enthält ja schon eine Zusage im Sinne des § 459 II BGB., sodaß sowieso schon ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung gegeben wäre. Damit wird eines der Hauptargumente gegen den Analogieschluß aus der Welt geschafft, und es ist jetzt kein triftiger Grund mehr vorhanden, der gegen seine Anwendung sprechen könnte. Vor allem braucht man nicht mehr auf Grund des Bestrebens, hier Wandlungs- oder Minderungsansprüche geben zu wollen, den verfehlten Schluß zu ziehen, daß, wenn ein Schadensersatzanspruch nach § 463 BGB. gegeben sei, auch die Möglichkeit der Wandlung oder Minderung nach § 462 BGB. vorhanden sei.

Zusammengefaßt entspringen sowohl der Zusage als auch der Zusicherung Ansprüche auf Wandlung oder Minderung gemäß § 462 BGB. Dazu kommen noch die Schadensersatzansprüche aus § 463 BGB., wenn eine zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden ist oder in analoger Anwendung des Absatz 2, wenn eine falsche Zusage arglistig abgegeben ist. Der Anspruch geht in beiden Fällen auf das positive Interesse.

Diese Haftung auf das positive Interesse mit Hilfe des Analogieschlusses wird jedoch von H a y m a n n abgelehnt [125]). Er behauptet nämlich, daß dieser Anspruch nicht dem klassischen römischen Recht entspreche und nur durch die Verunstaltung der Kompilatoren, die mit unangebrachten strafrechtlichen Gesichtspunkten arbeiteten, in die römischen Quellen gekommen sei.

Darauf ist zu erwidern, daß dies allein uns nicht abhalten kann, anders zu entscheiden. Denn wenn es unserem Billigkeitsgefühl und unserer Verkehrsauffassung entspricht und wenn uns außerdem unser Gesetz eine Handhabe dazu bietet, zu einer gerechteren Entscheidung zu kommen als das römische Recht, so steht dem garnichts im Wege, davon abzugehen. Und hier ist es tatsächlich so, daß den Interessen des Käufers, wenn er seine Ansprüche mit anderen Rechtsmitteln durchsetzen will (etwa § 826 BGB.) nicht Genüge getan wird. So sagt L e o n h a r d mit Recht [126]), „wenn ein Bauer durch betrügerische Zusicherungen verleitet wird, in die Stadt zu ziehen und ein Geschäft zu kaufen, so wäre es eine sehr mangelhafte Entschädigung, wenn er lediglich von diesem Kaufe befreit würde. Der Betrüger muß ihm vielmehr das verschaffen, was er ihm versprochen hatte". Und weiterhin handelt es sich ja doch in solchen Fällen immer um ein Verschulden beim Vertragsschlusse [127]). Und bei der Begründung dieser von ihm aufgestellten Lehre hat

---

125) Vgl. H a y m a n n , Reichsgerichtspraxis, Bd. 3, S. 343 ff.

126) Vgl. L e o n h a r d , Schuldrecht II, S. 62.

127) D. h. bei gültigem Zustandekommen eines Vertrages im Gegensatz zu Iherings Lehre bei einem ungültigen Vertrage.

Leonhard bewiesen, daß auch im römischen Recht eine solche Haftung bestand, was allerdings bis dahin verkannt wurde [128]), und was Haymann anscheinend jetzt noch verkennt.

Interessant ist es, hierzu die Ausführungen Cromes (System S. 444) zu betrachten. Er sagt, daß bei den beiden offenbaren Kontraktswidrigkeiten, nämlich beim Fehlen einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaft und beim arglistigen Verschweigen von Fehlern die Rechtsordnung schon sehr früh Schutzmaßnahmen aufgestellt habe. So gab ihretwegen das alte römische Zivilrecht schon in beiden Fällen die Klage aus dem Kaufgeschäft, und seither haben beide Klagen immer eine Sonderstellung eingenommen. Wenn auch wegen der Arglist regelmäßig eine Anfechtung nach § 123 BGB. möglich und ein Anspruch auf das negative Interesse gegeben ist, so hat sich doch aus historischen sowie aus Gründen der Verkehrssicherheit empfohlen, in dem Falle des § 463 II BGB. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen zu können.

Zu diesen Ausführungen von Crome kann wohl mit Recht noch hinzugefügt werden, daß beim arglistigen Vorspiegeln einer Eigenschaft dem Käufer die gleichen Schutzmaßnahmen zugute kommen müssen wie beim arglistigen Verschweigen von Fehlern. Ganz unverständlich ist der Unterschied, den Haymann hier zwischen beiden Tatbeständen zugunsten der scharfen Haftung beim arglistigen Verschweigen von Fehlern macht [129]), denn im Gegenteil: Das arglistige Vorspiegeln ist der schwerere Vertrauensbruch [130]) und deshalb ist in diesem Falle erst recht ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse gerechtfertigt.

Somit sind also die Einwände Haymanns gegen den Analogieschluß in dieser neuen Form m. E. mit Erfolg widerlegt und seiner Anwendung kann wohl nichts mehr entgegenstehen.

§ 9. Die Zusagen und Zusicherungen beim Gattungskauf.

Nach diesen Erörterungen über die Zusicherungen beim Spezieskauf soll nun hier noch auf ihre Bedeutung beim Gattungskauf eingegangen werden.

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß der Spezieskauf und der Gattungskauf grundsätzlich sehr verschieden voneinander sind. Eine Speziessache, ein bestimmter Hund, ein bestimmtes Klavier, besteht nur einmal im Raum und in der Zeit. Niemand kann sagen, daß wenn beim Verkaufe dieses bestimmten Hundes ihm Fehlerfreiheit nachgesagt (§ 459 I BGB.), ihm eine gewisse Eigenschaft zugesagt (§ 459 II BGB.) oder zugesichert (§ 463 BGB.)

---

128) Vgl. Leonhard, Haftung des Verkäufers, S. 14 ff.; Schuldrecht I, S. 544 ff.
129) Haymann, Reichsgerichtspraxis, Bd. 3, S. 343 ff.
130) Vgl. oben S. 5.

worden ist und sich später doch Mängel dieser Art zeigen, der Verkäufer den Vertrag nicht erfüllt hätte, weil der Hund mit diesem oder jenem Mangel nicht behaftet sein sollte. Der von dem Verkäufer gelieferte mit Mängeln behaftete Hund ist identisch mit der von ihm dem Käufer geschuldeten Speziessache. Und wenn dem Käufer in diesen Fällen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache gewisse Ansprüche zugebilligt werden, so dienen sie nicht dazu, den Ausgleich zu schaffen für eine objektiv unmögliche Erfüllungspflicht des Verkäufers, sondern sie sind vorhanden zum Schutze des Käufers, der die Lieferung einer mangelfreien Sache erwarten und fordern kann [131]). Die Angabe der Beschaffenheit dient bei einer Speziessache in keinem Falle dazu, die Kaufsache als solche zu identifizieren. Beim Gattungskauf dagegen steht beim Abschluß des Kaufvertrages die Kaufsache noch nicht fest, sondern soll erst aus der Gattung ausgeschieden werden. Der Verkäufer hat eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 243 BGB.). Liefert er nun eine mangelhafte Gattungssache, die nicht diesen Erfordernissen entspricht, so ist seine Leistung eben als Nichterfüllung anzusehen [132]). So sagt auch § 480 I BGB., daß die Lieferung eines fehlerfreien Stückes aus der im Vertrag genannten Gattung zur Erfüllungspflicht des Verkäufers zu rechnen ist.

Nun muß bei Angaben, die beim Abschluß eines Gattungskaufes vom Verkäufer gemacht werden, auch wieder zwischen bloßen Zusagen und vertraglichen Zusicherungen unterschieden werden. Im Falle einer bloßen Zusage greift § 480 I BGB. Platz. Der Käufer kann wandeln oder mindern, hat aber außerdem noch die Möglichkeit, eine mangelfreie Sache zu fordern. Liegt jedoch eine vertragliche Zusicherung vor, so kann gemäß § 480 II BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Und zwar kommt es dabei nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, sondern auf die Zeit des wirtschaftlichen Ueberganges, da ja bei Vertragsschluß die Ware noch nicht aus der Gattung ausgesondert ist.

Man kann nun hier, genau so wie beim Spezieskauf, auch häufig stillschweigende Zusicherungen annehmen. Das ist jedoch mit derselben Vorsicht zu tun, wie sie oben beim Spezieskauf dabei empfohlen wurde. So liegt besonders dann noch keine stillschweigende Zusicherung vor, wenn sich aus dem Gebrauchszweck der betreffenden Ware ergibt, daß ihr notwendigerweise bestimmte Merkmale eigen sein müssen, weil sich dies, wie oben schon näher ausgeführt wurde [133]), nicht mit dem im BGB. herrschenden Schuldprinzip vereinbaren lassen würde.

Man muß sich also davor hüten, diese stillschweigende Zusicherung zu weit auszudehnen. Kaufe ich in einem Geschäft Butter, so wird dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß diese nicht ranzig sein und mir beim Genuß ge-

---

131) Vgl. hierzu Haymann, Reichsgerichtspraxis, Bd. 3, S. 345.
132) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II S. 80.
133) Siehe oben S. 17. Anderer Ansicht: Haymann, Reichsgerichtspraxis, Bd. 3, S. 347.

sundheitlich keinen Schaden tun darf. Ist die gekaufte Ware jedoch nicht einwandfrei in dieser Hinsicht, so kann ich gemäß § 480 I BGB. lediglich mangelfreie Ware verlangen oder sie ganz zurückgeben gegen Erstattung des Preises oder ich kann sie gegen teilweise Zurückzahlung des Geldes behalten, d. h. ich habe in diesem Falle einen Wandlungs- oder Minderungsanspruch. Nicht aber kann ich in jedem Falle Ersatz des mir etwa entstandenen Schadens fordern, dieses nur dann, wenn eine vertragsmäßige Zusicherung seitens des Verkäufers vorliegt oder ihn ein Verschulden beim Vertragsschlusse, vielleicht Fahrlässigkeit, trifft [134]).

134) Vgl. Leonhard, Schuldrecht II, S. 83.

Lebenslauf.

Am 19. März 1908 bin ich in Halberstadt geboren. Von 1914 bis 1918 besuchte ich die Bürgerschule in Magdeburg-Sudenburg und sodann bis 1927 das Reform-Real-Gymnasium (Bismarckschule) in Magdeburg.

Nach bestandener Reifeprüfung widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar studierte ich 6 Semester in Marburg/Lahn und ein Semester in Kiel. Am 6. Juni 1931 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Am 4. Juli 1932 bestand ich das mündliche Doktorexamen. Seit dem 4. Januar 1932 befinde ich mich als preußischer Referendar im Vorbereitungsdienst.